This is a reproduction of a library book that was digitized by Google as part of an ongoing effort to preserve the information in books and make it universally accessible.

Google books

https://books.google.com

A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

+ *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.

+ *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.

+ *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.

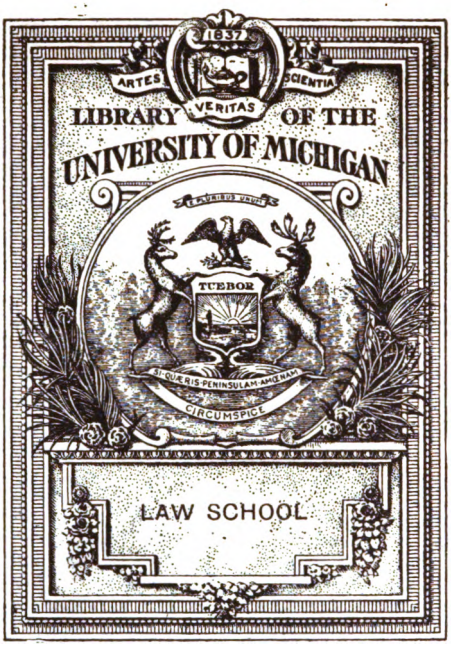
+ *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse `http://books.google.com`

Digitized by Google

K21 .C725x



Digitized by Google

FLZ
R46
C934
Stor
93837

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

REVUE CRITIQUE

DE

LÉGISLATION

ET DE

JURISPRUDENCE

Digitized by Google

PARIS. — IMPRIMERIE F. PICHON, 282, RUE SAINT-JACQUES, & 24, RUE SOUFFLOT.

Digitized by Google

UNIV. OF MICH. LAW LIBRARY

REVUE CRITIQUE

DE

LÉGISLATION

ET DE

JURISPRUDENCE

PAR MM.

PAUL PONT
Prés. de Ch. honor. à la Cour de cass., Membre de l'Institut.

LÉON AUCOC
Ancien prés. de section au Cons. d'État, Membre de l'Institut.

C. ACCARIAS
Inspect. gén. des Facultés de droit, Profess. à la Faculté de droit de Paris,

AVEC LE CONCOURS DE MM.

A. de Courcy, auteur des *Questions de Droit maritime;*
Gabriel Demante, professeur à la Faculté de droit de Paris;
Albert Desjardins, professeur à la Faculté de droit de Paris;
E. Glasson, membre de l'Institut, professeur à la Faculté de droit de Paris;
Labbé, professeur à la Faculté de droit de Paris;
Ed. Laferrière, vice-président du Conseil d'État;
Ch. Lyon-Caen, professeur à la Faculté de droit de Paris;
L. Renault, professeur à la Faculté de droit de Paris.

ET DE MM.

Chausse, professeur agrégé à la Faculté de droit de Montpellier; G. Debacq, avocat à la Cour d'appel de Paris; G. Lebret, professeur à la Faculté de droit de Caen; H. Lespinasse, président honoraire à la Cour de Pau; Ch. Massigli, professeur agrégé à la Faculté de droit de Paris; H. Monnier, professeur agrégé à la Faculté de droit de Bordeaux; Pascaud, conseiller à la Cour d'appel de Chambéry; Planiol, professeur agrégé à la Faculté de droit de Paris; Ch. Testoud, professeur à la Faculté de droit de Grenoble; E. Thaller, professeur à la Faculté de droit de Lyon; Wallon, professeur à la Faculté de droit de Toulouse.

49464

XXXVIe ANNÉE
Nouvelle série. — TOME XVI.

PARIS
LIBRAIRIE COTILLON
F. PICHON, Sr, ÉDITEUR, LIBRAIRE DU CONSEIL D'ÉTAT,
24, rue Soufflot, 24
1887

Digitized by Google

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

JURISPRUDENCE CRIMINELLE,

Par M. Albert Desjardins, professeur à la Faculté de droit de Paris.

LE DROIT CRIMINEL EN ALGÉRIE ET DANS LES COLONIES (1878-1885).

§ 1er. — Le droit criminel en Algérie.

I. Empire des lois.

II. Compétence des tribunaux de droit commun et des tribunaux d'exception. — Ord. du 26 sept. 1842, art. 42.

III. Cours d'assises. — Décret du 24 oct. 1870, art. 6; C. I. C., art. 257.

§ 2. — Le droit criminel dans les colonies.

I. Empire des lois. — C. civ., art. 3, 1°. — Territoire soumis aux lois françaises de police et de sûreté.

II-VI. Organisation judiciaire et instruction criminelle.

II. C. I. C., art. 337, et loi du 13 mai 1836, art. 1; questions complexes.

III. Des conditions auxquelles la loi soumet, soit la formation des juridictions, soit le remplacement des membres titulaires qui les composent.

IV. Nouvelle-Calédonie. — Cochinchine. — Application de la procédure correctionnelle aux affaires criminelles.

V. Cochinchine. — Matières criminelles : défenseur d'office.

VI. Cochinchine. — Décret du 25 mai 1881, art. 2; publicité de l'audience.

VII. Droit pénal. — Décret du 24 mars 1852 sur la marine marchande, art. 93. — Loi des 22-29 juin 1835, art. 94. — Circonstances atténuantes.

L'année dernière, nous avons laissé de côté les faits punissables et les tribunaux répressifs de droit commun pour nous attacher à un certain nombre de décisions rendues par les juridictions militaires; cette année nous étudierons le droit criminel en Algérie et dans les colonies. Toutes nos institutions, toute notre législation n'ont pu être introduites dans nos établissements d'outre-mer, nous aurons surtout des différences à signaler, dans une étude où, d'ailleurs, l'exposition tiendra plus de place que la discussion.

Digitized by Google

§ 1er. — LE DROIT CRIMINEL EN ALGÉRIE.

I. Empire des lois.

C'est toujours une question embarrassante que de savoir à quelles lois est soumise l'Algérie [1]. De divers arrêts rendus en matière de droit criminel nous dégagerons un certain nombre d'idées que l'on peut regarder comme acquises à la jurisprudence.

1° *Lois françaises antérieures à la conquête.*

« Il est de principe que les lois générales de la métropole antérieures à la conquête de l'Algérie sont devenues de plein droit, sans promulgation et par le fait seul de la conquête, applicables à cette colonie dans la mesure compatible avec les mœurs et les habitudes locales (Crim., 5 août 1881). » Au nombre de ces lois se trouvent et la loi des 28 septembre-6 octobre 1791, concernant les biens et usages ruraux (Crim., 10 novembre 1883), et le Code forestier (Crim., 25 janvier 1883).

2° *Lois françaises postérieures à la conquête.*

« Il est non moins certain que les lois postérieures, lorsque le législateur n'en a pas autrement ordonné, ne peuvent être *de plano* appliquées au pays conquis et qu'une promulgation spéciale est nécessaire pour les rendre exécutoires en Algérie. »

Ce principe souffre-t-il des restrictions? « Si, par exception, certaines lois postérieures à 1834 ont été déclarées exécutoires en Algérie sans y avoir été spécialement promulguées, cette exception ne peut et ne doit s'appliquer qu'aux lois purement modificatives de nos lois générales antérieures à la conquête, parce que dans ce cas, s'agissant de lois anciennes applicables de plein droit à l'Algérie, les modifications apportées à ces lois sont légalement présumées, dans le silence de la loi nouvelle sur ce point, devoir y être appliquées comme les lois elles-mêmes auxquelles elles sont incorporées et dont elles sont devenues partie intégrante. »

Mais, si la modification porte sur une loi qui, postérieure à la

[1] V. Sur cette question M. Jacquey, *De l'application des lois françaises en Algérie*, 1883. — Nous l'avons étudiée dans cette Revue en 1878 (p. 191 et suiv.).

Digitized by Google

conquête, ne doit sa force exécutoire en Algérie qu'à une promulgation spéciale, il faut aussi une promulgation spéciale pour cette modification.

Telles sont les règles que nous trouvons dans l'arrêt déjà cité du 5 août 1881.

3° *Décrets ayant autorité législative en Algérie.*

Le chef du pouvoir exécutif a le droit de rendre des décrets ayant force de loi pour certaines matières en Algérie.

Une fois qu'une matière est entrée dans le domaine législatif, le chef de l'État n'a pas le droit de l'en faire sortir : « Les lois françaises en vigueur en Algérie ne peuvent être abrogées ou modifiées que par une loi nouvelle, votée par les deux Chambres et régulièrement promulguée; — mais, relativement aux matières non traitées et non régies par ces lois, le président de la République peut, en exécution de l'art. 4 de l'ordonnance du 22 juillet 1834, prendre sous forme de décrets des mesures ayant un caractère législatif destinées à subvenir aux besoins pressants de l'ordre et de la tranquillité en Algérie. » Il s'agissait, dans l'espèce, de « mesures autorisées à l'égard des indigènes par les décrets de 1874 et formulées » dans l'art. 17 du décret du 29 août 1874, relatif à l'organisation judiciaire dans la colonie. Cet article est ainsi conçu : « En territoire civil, les indigènes non naturalisés pourront être poursuivis et condamnés aux peines de simple police fixées par les art. 464, 465, 466, C. p., pour infractions spéciales à l'indigénat non prévues par la loi française, mais déterminées dans des arrêtés préfectoraux rendus sur les propositions des commissaires civils, des chefs de circonscription cantonale ou des maires. » Les mesures dont parle cet article « ont essentiellement, dit l'arrêt du 22 mars 1878, le caractère de mesures urgentes de sûreté publique et de discipline locale et algérienne; — elles se réfèrent à des obligations et infractions spéciales non prévues par le Code pénal et les autres lois française, et elles ont pour objet d'assurer, en Algérie, l'exécution immédiate des lois et règlements concernant les indigènes; — elles rentraient dans les prévisions de l'ordonnance de 1834 dont les dispositions n'ont pas été restreintes ni limitées par un partage d'attributions entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif. »

Digitized by Google

4° Le partage d'attributions dont parlait la Cour de cassation en 1878 a été fait d'ailleurs, au moins dans une certaine mesure, par un décret du 26 août 1881, qui place sous l'autorité directe des ministres compétents les services énumérés dans l'art. 1. — L'art. 2 porte : « Les lois, décrets, arrêtés, règlements et instructions ministérielles qui régissent en France ces divers services s'appliquent en Algérie, dans toutes celles de leurs dispositions auxquelles il n'a pas été dérogé par le législation spéciale de ce pays. » Ainsi a été supprimée pour l'Algérie la nécessité d'une promulgation spéciale des lois et des décrets, mais seulement quand il s'agit d'une des matières qui rentrent dans les services énumérés par l'art. 1 (Crim., 5 nov. 1884).

5° *Conciliation des lois spéciales à l'Algérie avec les lois de la métropole.*

Un décret du 12 décembre 1851 avait interdit la vente aux indigènes et l'achat par eux d'armes, plomb, pierres à feu, poudre, soufre, salpêtre, ou de toutes autres substances pouvant servir de munitions de guerre ou remplacer la poudre; la vente et l'achat n'étaient permis qu'à ceux qui auraient obtenu une autorisation spéciale délivrée sous les conditions déterminées par le décret.

Mais un décret du 4 septembre 1870 rendit absolument libres la fabrication, le commerce et la vente des armes. Ce décret lui-même fut abrogé par une loi du 19 juin 1871, qui remit en vigueur la loi du 24 mai 1834 sur les détenteurs d'armes ou de munitions de guerre, et la loi du 14 juillet 1860, sur la fabrication et le commerce des armes de guerre, et un décret du 24 septembre 1872 rendit exécutoires en Algérie ces deux lois du 24 mai 1834 et du 14 juillet qui reprenaient leur ancienne autorité dans la métropole. Qu'est devenu depuis lors le décret du 12 décembre 1851 ?

La Cour de cassation, le 1er juillet 1882, l'a considéré comme étant encore en vigueur : « Attendu que ce décret, déterminé par des considérations spéciales à l'Algérie, a un autre but et une portée plus étendue que les lois du 24 mars 1834 et du 14 juillet 1860; qu'il règle, en effet, un ordre de faits que ces lois n'ont pas prévu, le commerce des armes et des muni-

Digitized by Google

tions avec les indigènes et en particulier le commerce du soufre et du salpêtre dont ces mêmes lois ne s'occupent pas. » Ainsi, par deux éléments, par la qualité des personnes dont s'occupait le décret de 1851, par la nature des faits qu'il prévoyait, la législation spéciale à l'Algérie avant 1870 différait de la législation métropolitaine. Dès lors, elle est restée en vigueur, sans être atteinte, ni par le décret de 1870, qui abrogeait cette dernière, ni par le décret de 1872, qui, la trouvant rétablie en France, l'a étendue à l'Algérie. Ainsi peut se résumer l'argumentation très fortement déduite et très exactement suivie que nous trouvons dans l'arrêt du 1er juillet 1882.

La Cour de cassation procède de même dans un arrêt du 24 mai 1883, pour maintenir les mesures de discipline organisées par l'arrêté ministériel du 26 novembre 1842 en tout ce qui concerne l'exercice général de la profession d'huissier en Algérie en concours avec les lois et ordonnances qui règlent en France la profession des officiers ministériels, déclarées applicables aux huissiers d'Algérie par l'art. 45 du même arrêté.

II et III. — Algérie. — Organisation judiciaire.

II. Compétence des tribunaux de droit commun et des tribunaux d'exception. — Ordonnance du 26 septembre 1842, art. 42.

Quand la loi fait dépendre d'une circonstance déterminée la compétence qu'elle attribue à un tribunal d'exception, celui-ci ne peut être saisi d'une affaire que si l'existence de cette circonstance est établie. A défaut de preuve sur ce point, c'est naturellement le droit commun qui garde son empire.

Tel est le principe général dont l'application a été faite par la Cour de cassation, le 20 janvier 1881. D'après l'ordonnance royale du 26 septembre 1842, art. 42 : « Demeure réservée aux conseils de guerre la connaissance des crimes et délits commis en dehors des limites, telles qu'elles auront été déterminées en exécution de l'art. 4, (c'est-à-dire par arrêtés du ministre de la guerre).... » Il faut donc savoir si le crime ou délit a bien été commis en territoire militaire pour savoir si la juridiction militaire est compétente.

« Attendu, dit la Cour de cassation, que dans le doute sur le

Digitized by Google

lieu où ces crimes et délits auraient été commis la juridiction de droit commun pouvait seule être compétente. »

La Cour, en réglant de juges conformément à ce principe, déclarait « se réserver, pour le cas où il serait démontré par une nouvelle information que les faits ont eu lieu sur le territoire militaire et où la chambre des mises en accusation rendrait un arrêt de dessaisissement, de statuer sur le conflit qui naîtrait de cette décision et du jugement précité du conseil de guerre. »

III. Cours d'assises. — Décret du 24 oct. 1870, art. 6. — C. I. C, art. 257.

Le décret des 24 octobre-7 novembre 1870, qui a établi le jury en Algérie, porte, art. 6: « .....Les dispositions du Code d'instruction criminelle sur la formation des Cours d'assises seront applicables à l'Algérie, à l'exception de l'incompatibilité prévue par l'art. 257-2°, C. I. C. »

L'art. 257-2° est celui qui déclare que le juge d'instruction ne peut, à peine de nullité, ni présider les assises, ni assister le président, dans une affaire qu'il aura instruite.

La Cour de cassation a maintenu, par un arrêt du 10 février 1881, la dérogation au droit métropolitain contenue dans la fin de l'art. 2 du décret. Mais elle a, par un autre arrêt du 14 juin 1883, fait respecter le principe général que cet article pose d'abord: ce principe est celui de l'assimilation; s'il y est dérogé en ce qui touche le juge d'instruction dont parle l'art. 257-2°, C. I. C., nulle exception n'y est apportée en ce qui touche, « les membres de la Cour d'appel qui auront voté sur la mise en accusation (art. 257-1°, C. I. C.), » et par conséquent la présence de l'un d'eux dans la Cour d'assises entraîne la nullité de l'arrêt rendu par celle-ci.

§ 2. — LE DROIT CRIMINEL DANS LES COLONIES.

I. Empire des lois. — C. civ., art. 3, 1°. — Territoire soumis aux lois françaises de police et de sûreté.

Deux étrangers, Rolland et James Brown, furent, par ordonnance du 22 mai 1882, renvoyés devant la Cour d'assises de Saint-Louis (Sénégal), comme accusés d'avoir à Benty, en février

Digitized by Google

1882, sans ordre des autorités constituées et hors des cas prévus par la loi, séquestré le nommé Morlaï et exercé sur lui des tortures corporelles. La Cour d'assises se déclara incompétente « à raison de ce que les accusés étaient des étrangers, ainsi que la victime même, et de ce que le crime de séquestration aurait été commis sur un territoire étranger. »

Une seule question se posait à propos de cet arrêt. Le territoire où le crime avait été commis était-il en effet étranger? S'il fallait répondre affirmativement, nul doute que la Cour d'assises de Saint-Louis n'eût raison de se déclarer incompétente. Mais ce n'est pas ainsi qu'en a jugé la Cour de cassation, le 23 février 1884 : « Attendu qu'aux termes d'un traité, en date du 14 février 1867, Bey Scherbro, roi du pays du Samô, a cédé en toute propriété au gouvernement français un terrain sur lequel a été construit, dès cette époque, le poste militaire de Benty; — Attendu que le crime a été commis dans une factorerie française, dans laquelle les accusés étaient employés et avaient leur domicile et dans laquelle Morlaï travaillait lui-même; que cette factorerie est placée, ainsi que plusieurs autres établissements européens, *dans le voisinage immédiat, à moins d'une portée de fusil, et par conséquent sous la protection directe du poste militaire français;* — Attendu que le poste militaire de Benty est un territoire français soumis aux lois de la France; *qu'il doit en être de même de la portion de territoire qu'il protège, et qui en est d'ailleurs une dépendance nécessaire;* — Attendu que l'agglomération formée par la factorerie et les autres établissements européens placés près du fort porte elle-même le nom de Benty; que c'est dans une factorerie française à Benty, en effet, d'après l'ordonnance de renvoi, que le crime a été commis; — Attendu que l'autorité française y exerce son action, sans réclamation de la part du roi du Samô ni de ses agents; qu'ainsi l'information y a été faite par le commandant du cercle de Mellacorrée, à Benty, et y remplissant en cette qualité les fonctions de juge d'instruction. »

Voici la doctrine qui se dégage de cet arrêt. Ce qui nous a été cédé en 1867 par le roi du Samô, ce qui appartient à la France en toute propriété, c'est le territoire sur lequel a été construit le poste militaire de Benty. Mais nos droits de souveraineté, notre

Digitized by Google

juridiction en particulier ne se bornent pas à ce territoire; nos lois et nos tribunaux étendent leur empire sur la partie du territoire qui, sans être formellement comprise dans la cession, est « dans notre voisinage immédiat », — « sous la protection directe du poste militaire français », — « une dépendance nécessaire » du territoire protégé par nous. Les conséquences de la cession, ainsi entendues, sont acceptées par le souverain étranger qui nous l'avait faite.

On comprend sans peine l'importance de cette doctrine pour celles de nos colonies qui consistent dans des établissements faits au milieu d'un pays dont nous n'avons pas la souveraineté entière, par suite de traités conclus avec des princes indigènes. Il est nécessaire de savoir jusqu'où vont l'empire de nos lois et l'action des autorités françaises. Il est, en général, assez difficile de compter sur la vigilance, même sur la bonne foi, des pouvoirs qui nous avoisinent ou nous entourent; il est bon que nos représentants et nos nationaux se sentent sous l'autorité et par conséquent sous la protection de la métropole, dans une étendue de territoire où il est impossible qu'ils n'aient pas à se rendre, à séjourner, à agir.

II-VI. — Organisation judiciaire et instruction criminelle.

Il faut d'abord distinguer les colonies dans lesquelles le jury a été établi de celles où il n'a pas été introduit.

Une loi du 29 juillet 1880 a établi le jury dans les colonies de la Martinique, de la Guadeloupe et de la Réunion, mais les conditions dans lesquelles il exerce ses fonctions ne sont pas absolument les mêmes que celles qui sont déterminées par la législation de la métropole.

II. C. I. C., art. 337, et loi du 13 mai 1836, art. 1; questions complexes.

Un arrêt rendu par la Cour d'assises de la Guadeloupe avait fait le sujet d'un pourvoi fondé sur la violation de l'art. 337, C. I. C., et de l'art. 1 de la loi du 13 mai 1836, la question principale posée au jury, dans des termes, d'ailleurs, différents de ceux de l'arrêt de renvoi, étant entachée de complexité.

La Cour de cassation, le 17 juin 1882, a rejeté le pourvoi, en déclarant que ce moyen n'était pas recevable.

Digitized by Google

La loi du 29 juillet 1880, art. 3, déclare bien que toutes les lois sur le jury en vigueur dans la métropole seront promulguées et rendues exécutoires dans les colonies des Antilles et de la Réunion, ainsi que les art.... 302 à 350..... C. I. C. métropolitain. « Mais les dispositions de cet article (l'art. 1 de la loi du 13 mai 1836), non plus que celles de l'art. 337, C. I. C., ne sont pas prescrites formellement à peine de nullité, » dit la Cour de cassation.

L'absence d'une disposition formelle n'empêche pas la Cour de cassation de prononcer la nullité quand il s'agit de la France, pour des cas où elle ne croit pas devoir la prononcer quand il s'agit des colonies.

D'une part, l'art. 417, C. I. C. colonial, détermine limitativement les causes de nullité; le vice de complexité n'y est pas compris; d'autre part, la loi du 29 juillet 1880, « dans l'énumération des articles du Code d'instruction criminelle métropolitain qu'il rend exécutoires dans les colonies des Antilles et de la Réunion, omet les art. 408 et suiv. dudit Code, concernant les nullités en matière criminelle; il suit de là que l'art. 417 du C. I. C. colonial, concernant le même objet, n'a pas cessé d'être en vigueur. »

L'argumentation de la Cour suprême semble irréprochable; le résultat peut laisser des regrets; quand le législateur adopte une institution, il devrait en même temps établir toutes les règles que la nature même de cette institution comporte, et il devrait en assurer le respect. Le système des questions se lie de la manière la plus étroite à l'institution du jury, mais ce système exige que l'on évite avec le plus grand soin le vice de complexité, et la sanction de nullité est la seule garantie efficace contre ce vice, qui ôte au verdict sa netteté et par conséquent sa sincérité. La Cour de cassation avait bien, le 26 juin 1851, refusé d'appliquer aux Cours d'assises des colonies la nullité attachée à la complexité, en disant qu'elle ne pouvait se produire que devant le jury. Mais alors ces Cours d'assises n'avaient que des assesseurs; elles n'avaient pas de jurés. La loi du 29 juillet 1880, qui en changeait la composition pour l'assimiler à celle des Cours d'assises françaises, aurait dû pousser plus loin

Digitized by Google

l'assimilation et garantir à la position des questions les conditions sans lesquelles il peut être difficile qu'une bonne justice soit rendue.

III. Des conditions auxquelles la loi soumet, soit la formation des juridictions, soit le remplacement des membres titulaires qui les composent.

1. Les tribunaux qui ont à rendre la justice, soit au correctionnel, soit au grand criminel, dans celles de nos colonies qui n'ont pas le jury, ne sont pas tous composés de la même manière. Les conditions varient, mais il faut que, dans chaque pays, celles qui lui sont propres soient exactement observées. L'exacte observation n'est peut-être pas suffisamment garantie par la jurisprudence de la Cour de cassation.

« Attendu, dit-elle, dans un arrêt du 27 décembre 1884, que, aux termes de l'art. 1 du décret du 28 septembre 1872, les juges appelés à composer le conseil d'appel des îles Saint-Pierre et Miquelon doivent être pris parmi les officiers du commissariat de la marine pourvus du diplôme de licencié en droit et désignés à cet effet par le commandant de la colonie : que, aux termes de l'art. 2 du décret du 9 octobre 1874, à défaut d'officiers du commissariat pourvus du diplôme de licencié en droit, ce sont les deux officiers de ce corps les plus élevés en grade, et, à grade égal, les plus anciens de service qui doivent être appelés à siéger au conseil d'appel ; — Attendu que l'arrêt attaqué constate expressément que les deux juges qui composaient, avec le président, le conseil d'appel, étaient l'un et l'autre officiers du commissariat de la marine ; que, si cet arrêt n'énonce pas qu'ils étaient pourvus du diplôme de licencié en droit, *il y a présomption légale* que, tenant leur investiture de l'autorité compétente pour la leur déférer, ils réunissaient les conditions de capacité exigées par les décrets susvisés. »

On nous permettra de renvoyer aux arguments que nous avons présentés ici même [1] contre une jurisprudence qui, selon nous, étendait et même créait, contrairement aux principes du droit, des présomptions légales. Ce qui nous a paru sujet à critique sur le territoire continental ne nous paraît pas plus incontestable dans

[1] *Revue critique*, 1884, p. 76 et suiv.

Digitized by Google

les colonies. Nous ne pouvons nous faire à l'idée d'une présomption légale qui n'est pas dans la loi; il nous semble que cette prétendue présomption légale, qui ne sert qu'à dispenser les tribunaux de constater la régularité de leur propre formation, enlève aux justiciables une sérieuse garantie. Si l'on désire tout particulièrement assurer à la justice coloniale une stabilité que pourraient compromettre des cassations trop fréquentes, il faut bien reconnaître que les précautions qui assurent la composition régulière des tribunaux sont plus nécessaires encore dans les colonies, où l'on ne saurait se dissimuler le danger de l'arbitraire, que sur le territoire continental, où une surveillance continue est exercée sur l'autorité judiciaire par les intéressés, par le public, par le pouvoir supérieur.

En France, il est vrai, « la réception et l'installation d'un magistrat, dit notre savant collègue M. Garsonnet [1], créent en sa faveur une présomption légale de capacité qui le dispense de toute preuve et qui n'admet même pas la preuve contraire, en sorte que nul ne serait admis à contester cette capacité et la validité des actes et jugements auxquels ce magistrat aurait pris part. »

Cette présomption, appliquée à la magistrature proprement dite, s'appuierait sur deux raisons assurément graves. En premier lieu, les personnes à l'occasion desquelles elle est posée sont investies d'une manière permanente de fonctions qui consistent précisément dans l'administration de la justice; on ne saurait penser que le pouvoir, au moment où il les nomme, ne constatât pas d'une manière certaine l'existence des conditions légales d'aptitude chez elles; en second lieu, s'il avait commis une erreur, il y a toute apparence qu'elle leur serait signalée par la compagnie judiciaire qui est chargée d'installer le magistrat nouvellement nommé : « S'il apparaissait, dit encore M. Garsonnet [2], à la Cour ou au tribunal chargé de recevoir le serment d'un magistrat et de l'installer qu'il se trouve dans un des cas d'incapacité qui seront indiqués ci-après, il y aurait lieu de surseoir à sa réception ou à son installation et d'en référer au gouvernement qui l'a nommé. »

[1] *Traité théorique et pratique de procédure*, t. I, p. 188.

[2] *Ib.*, *ib.*, p. 187.

Digitized by Google

Les observations qui précèdent s'appliquent aussi bien à la magistrature des colonies qu'à celle de la métropole. Mais il faut distinguer des magistrats les personnes, les fonctionnaires d'un ordre tout différent qui sont appelés en raison de certaines circonstances à siéger exceptionnellement dans un tribunal. La désignation par le gouverneur ou commandant d'une colonie ne peut certainement être comparée à un décret de nomination rendu par le chef de l'État. Il n'y a rien qui ressemble au contrôle qu'exerce nécessairement une compagnie judiciaire au moment où elle reçoit un magistrat nouveau. A défaut de ces deux sérieuses garanties, il serait nécessaire qu'une mention expresse, insérée dans le jugement, mît hors de doute la capacité légale des juges improvisés.

2. D'après le décret du 25 mai 1881, art. 9, quatre conseillers-auditeurs font partie de la Cour criminelle de Saïgon, et ils ont voix délibérative, lorsqu'ils remplacent des conseillers; d'après le même décret, art. 17, cette Cour se compose de trois conseillers à la Cour d'appel et de deux notables assesseurs; enfin, art. 21, le gouverneur de la colonie nomme, pour chaque session, le président de la Cour et les deux conseillers qui se réunissent à ce dernier pour la former.

Un accusé a comparu devant la Cour criminelle de Saïgon, où siègeait un conseiller-auditeur, et l'arrêt n'a pas constaté que ce conseiller-auditeur remplaçait un titulaire.

La Cour de cassation, le 9 février 1882, a écarté le grief que ce défaut de constatation avait fourni à l'appui du pourvoi : « Attendu.... qu'aucune disposition légale n'imposait au gouverneur l'obligation de motiver la nomination du conseiller-auditeur; qu'il y a du reste *présomption légale* que cette nomination a été déterminée par l'absence ou l'empêchement de conseillers titulaires... »

Dans une autre espèce, il est vrai, la Cour tempère ce qu'il y a d'absolu dans cette présomption; elle admet que la preuve contraire peut être fournie: « Attendu .. que, s'il est de principe et admis de *présomption de droit* que les juges qui composent les Cours et tribunaux, par cela même qu'ils prennent part aux délibérations et jugements des affaires qui leur sont soumises,

Digitized by Google

sont *légalement réputés* y avoir concouru dans les limites de leur capacité et selon les règles et les formes prescrites, il faut néanmoins admettre que cette présomption doit céder à la preuve du contraire (Crim., 13 sept. 1883). »

Nous ne répéterons pas les objections que nous suggère la doctrine de la présomption légale, mais nous ferons observer que le correctif de la preuve contraire, fût-il admis par tout le monde, serait insuffisant. D'une part, cette preuve sera en fait difficile à fournir; d'autre part, a-t-on le droit d'en rejeter le fardeau, qu'il soit plus ou moins lourd, sur ceux à qui la loi ne l'a pas imposé?

IV. Nouvelle-Calédonie. — Cochinchine. — Application de la procédure correctionnelle aux affaires criminelles.

Le décret du 28 novembre 1866, relatif à l'organisation de la justice dans la Nouvelle-Calédonie, porte, art. 88 : « La forme de procéder en matière *criminelle* et correctionnelle, ainsi que les formes de l'opposition et de l'appel, sont réglées par les dispositions du Code d'instruction criminelle relatives à la procédure *devant les tribunaux correctionnels.* »

La règle est la même pour la Cochinchine (Décret du 25 juillet 1864, art. 25; décret du 25 mai 1881, art. 22).

On comprend que là où nous n'avons pas établi le jury nous n'ayons pas pu introduire non plus une procédure qui dépend entièrement de cette institution, dont les règles souvent minutieuses, souvent protégées par la sanction de la nullité, auraient rendu singulièrement difficile et lente l'action de la justice, et la justice, surtout dans des contrées éloignées où sont mêlées des races diverses, ne saurait avoir d'autorité, ne saurait garantir la sécurité de la population qu'à la condition d'être sûre et rapide.

C'est donc un sage principe qu'ont posé les auteurs des décrets; les occasions de l'appliquer, de le faire respecter, n'ont pas manqué à la Cour de cassation; les colons cherchent en général l'assimilation à la métropole; ceux qui ont à se plaindre des décisions rendues aiment à se placer sous la protection de règles auxquelles la métropole semble attacher une grande importance.

1. La Cour de cassation, le 6 juillet 1882, a tiré du principe

Digitized by Google

cette conséquence qu'il faut appliquer aux procès criminels l'art. 173, C. pr. civ., qui déclare « toute nullité d'exploit ou d'acte de procédure couverte, si elle n'est pas proposée avant toute défense ou exception d'incompétence. »

2. Elle a, le 31 mai 1881 et le 20 juin 1884, maintenu que les témoins doivent prêter serment dans les formes prescrites par l'art. 155, C. I. C.; l'arrêt du 20 juin 1884 déclare, en outre, applicable l'art. 156 du même Code, d'après lequel sont incapables de déposer les ascendants et les descendants, les frères et sœurs, les alliés au même degré, le conjoint, même divorcé, du prévenu.

3. Pour la même raison, le pouvoir discrétionnaire qui n'est accordé par le Code d'instruction criminelle qu'au président d'une seule juridiction, qu'à celui de la Cour d'assises, n'existe pas dans les colonies dont nous nous occupons en ce moment.

Dès lors, le président n'y peut faire entendre à titre de renseignement une personne qui ne saurait déposer comme témoin, spécialement celle qui se trouve dans une des situations prévues par l'art. 156, C. I. C. (Crim., 20 juin 1884, 4 juin 1885).

4. C'est aussi conformément aux règles de la police correctionnelle que les jugements doivent être rendus en matière criminelle.

Le président n'a donc pas de questions à poser et à lire (Crim., 28 mai 1880). Les réponses faites à des questions qui seraient posées à tort n'auraient elles-mêmes aucune valeur; elles ne tiendraient pas lieu des motifs qui doivent être énoncés daus le texte du jugement (Crim., 22 sept. 1881).

5. Il est un point important sur lequel l'organisation de la justice criminelle à la Nouvelle-Calédonie et en Cochinchine rappelle nos Cours d'assises plutôt que nos tribunaux correctionnels. Les assesseurs des Cours criminelles n'ont voix délibérative que sur la question de culpabilité (Nouvelle-Calédonie, décret du 27 mars 1879, art. 5, 6°; Cochinchine, décret du 25 mai 1881, art. 17, 5°).

Le 10 décembre 1880, la Cour de cassation, saisie d'un pourvoi contre un jugement du tribunal criminel de Nouméa, décidait qu'il n'était pas nécessaire d'énoncer dans le texte de la décision judiciaire que les assesseurs, après avoir délibéré avec

Digitized by Google

les juges sur la question de culpabilité, s'étaient abstenus de prendre part à la délibération de la peine : « Attendu qu'une telle énonciation ne serait certainement pas sans avantages et qu'il peut être regrettable de ne pas la rencontrer dans la décision attaquée; mais que son omission ne saurait entraîner aucune nullité... »

V. Cochinchine. — Matières criminelles; défenseur d'office.

Le décret du 26 juillet 1864, art. 27, organise la défense devant les tribunaux français en Cochinchine.

Art. 27, 1° : « Il pourra être institué, par arrêté du gouverneur, auprès de ces tribunaux (français) des défenseurs chargés de plaider et de conclure,... et de défendre les accusés et prévenus devant le tribunal criminel ou correctionnel.

« 2° L'intervention d'un défenseur ne sera jamais obligatoire, et les parties pourront agir et se défendre elle-mêmes.

« ... 4° En matière de grand criminel, lorsque l'accusé n'aura pas fait choix d'un défenseur, il lui en sera nommé un d'office. Ce défenseur sera désigné parmi les défenseurs mentionnés ci-dessus, les officiers ou les simples citoyens qu'il jugera capables d'assister l'accusé dans sa défense. »

1. Le défenseur avait manqué à un accusé devant la Cour criminelle de Saïgon. L'arrêt devait-il être cassé? Non, répondait-on. En premier lieu, ce ne sont pas les règles de la procédure criminelle, mais celles de la procédure correctionnelle dans la métropole qui doivent être suivies au grand criminel dans la colonie ; or, chez nous, en police correctionnelle, la loi n'exige pas que le prévenu soit assisté d'un défenseur. En second lieu, l'art. 27, 2°, porte que « l'intervention d'un défenseur ne sera jamais obligatoire. »

La Cour de cassation n'a pas accueilli ces arguments dans un arrêt du 6 janvier 1881; au premier elle répond que l'art. 27 « contient une exception formelle » aux règles de la procédure correctionnelle, en ce qui touche la défense; sur le second, elle oppose au second paragraphe de l'art. 27 le quatrième paragraphe, « disposition impérative à l'inobservation de laquelle la peine de nullité se trouve virtuellement attachée, la formalité

Digitized by Google

dont elle prescrit l'accomplissement constituant, non une simple règle de procédure, mais une formalité substantielle... — Si, dans une des dispositions de l'article susvisé, il est dit que l'intervention d'un défenseur ne sera jamais obligatoire, cette énonciation purement relative à l'intervention des défenseurs institués par l'autorité gouvernementale ne saurait prévaloir contre l'obligation imposée au président de désigner d'office à tout accusé qui n'a pas fait choix d'un conseil un défenseur pris dans l'une des catégories établies par le décret; il est inadmissible, en effet, que, sur un territoire régi par la loi française, les accusés puissent être soumis à un débat criminel, pouvant entraîner l'application de la peine la plus grave, sans l'assistance d'un défenseur appelé à suppléer leur insuffisance ou leur ignorance des règles du droit. » On le voit, la Cour ne se borne pas à tirer argument de l'art. 27-4°; elle pose un principe, qu'elle considère comme devant régir tout territoire français.

2. La Cour de cassation a décidé à plusieurs reprises que le choix du défenseur d'office par le président est légalement présumé fait en conformité de l'art. 27-4°, dont les termes sont, d'ailleurs, des plus larges : « La présomption est que la désignation a été faite suivant l'exercice légitime et dans la mesure du pouvoir conféré au président, parmi les personnes ayant capacité suffisante à cet effet (6 juillet 1882, 2 arrêts). »

Nous aurions à faire, sur cette présomption, des observations analogues à celles que nous avons présentées plus haut; nous nous bornerons à renvoyer à celles-ci.

VI. Cochinchine. — Décret du 25 mai 1881, art. 2; publicité de l'audience.

Le décret du 25 mai 1881, sur la réorganisation de la justice en Cochinchine, porte, art. 2 : « Les audiences sont publiques en matière civile et criminelle, à moins que cette publicité ne soit dangereuse pour l'ordre et pour les mœurs, et, dans ce cas, le tribunal le déclare par un jugement ou arrêt préalable. Dans tous les cas, les jugements ou arrêts sont prononcés publiquement et doivent être motivés, à peine de nullité. »

La Cour de cassation ne maintient pas avec moins de soin dans les colonies que dans la métropole le principe que le décret,

Digitized by Google

art. 2, emprunte à nos lois. Le 30 novembre 1882, elle a décidé que la publicité de l'audience n'est pas suffisamment constatée par la mention que « les témoins ont été introduits dans l'auditoire, » et en conséquence elle a prononcé la cassation. A plus forte raison, le 1er décembre 1882, a-t-elle également annulé, pour violation de l'art. 2, un arrêt rendu sans qu'il fût constaté, soit par le procès-verbal des débats, soit par l'arrêt lui-même, qu'il eût été procédé en audience publique.

VII. Droit pénal. — Décret du 24 mars 1852 sur la marine marchande, art. 93. — Loi des 22-29 juin 1835, art. 94. — Circonstances atténuantes.

Le régime des circonstances atténuantes n'est pas tout à fait le même pour la métropole et pour les colonies. L'art. 463, C. P., modifié par la loi du 28 avril 1832, permet au jury, en France, d'accorder les circonstances atténuantes en toute matière criminelle, tandis que, en matière correctionnelle, la même faculté est restreinte, pour les juges, aux cas où « la peine de l'emprisonnement et celle de l'amende sont prononcées par le Code pénal », le législateur se réservant de la leur donner également, mais par une disposition expresse, quand, par une loi spéciale, il atteint un fait nouveau. La loi des 22-29 juin 1835, qui déclarait applicable aux colonies la loi du 28 avril 1832, la modifiait sur certains points, et notamment elle s'exprimait ainsi au sujet des circonstances atténuantes en matière criminelle : « des peines prononcées *par le Code* contre celui ou ceux des accusés reconnus coupables... » Ainsi la règle restrictive posée par le Code pénal métropolitain pour les délits de police correctionnelle devenait, dans les colonies, applicable aux crimes.

La Cour d'assises de Saint-Pierre (Martinique) était saisie d'un vol d'objets d'une valeur de plus de dix francs, par un marin à bord d'un navire, crime prévu et puni de la réclusion par l'art. 93 du décret du 24 mars 1852 sur la marine marchande. Or, d'une part, ce crime n'est pas compris dans le Code pénal colonial, d'autre part, la loi spéciale qui le frappait est muette au sujet des circonstances atténuantes. Les circonstances atténuantes furent cependant accordées et la peine abaissée à un an

Digitized by Google

d'emprisonnement. La Cour de cassation a, par arrêt du 10 mars 1876, rétabli les principes en cassant dans l'intérêt de la loi l'arrêt de la Cour d'assises coloniale.

ALBERT DESJARDINS.

QUELQUES OBSERVATIONS SUR LA NATURE DU DROIT DE PROPRIÉTÉ A L'ÉPOQUE FRANQUE,

par M. E. GLASSON, membre de l'Institut.

Nous avons exposé ailleurs comment les Germains comprenaient le régime de la propriété [1]. Pour les meubles, qui formaient leur principale richesse, ils admettaient la propriété individuelle et non celle de la famille; aussi pouvait-on les aliéner librement. Quant à la terre, elle était bien certainement commune au temps de César. A l'époque de Tacite, la maison et le clos qui l'entourait appartenaient à la famille; mais les autres terres, cultivées ou non, constituaient de vastes communaux dont les habitants se partageaient la jouissance. Il est facile de comprendre qu'au contact de la civilisation romaine, ce système subit de profonds changements. On constate encore sans doute l'existence de nombreux biens communaux; mais le régime de la propriété s'étend sur les immeubles, soit au profit de la famille, soit même en faveur de l'individu. L'influence du droit romain, auquel demeurent d'ailleurs purement et simplement soumis les vaincus, a été immense sous ce rapport. Mais la notion de la propriété restera très vivace dans les lois barbares, comme nous aurons occasion de le constater souvent, surtout en matière de succession. Il resta même de nombreuses traces du système de la propriété collective de la communauté [2]. Comment expliquer autrement le droit de

[1] Cpr. *Recherches sur les Germains*, dans les *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales*, t. CXXIV, p. 106 et suiv.

[2] La question du communisme de la terre dans les sociétés primitives a donné lieu récemment à de nombreux écrits; on en trouvera l'énumération dans Viollet, *Précis de l'histoire du droit français*, p. 481. Ajoutez toutefois Fustel de Coulanges, *Recherches sur cette question : Les Germains connaissaient-ils la propriété des terres*, dans ses *Recherches sur quelques problèmes d'histoire*, p. 109. Ce mémoire a donné lieu à l'Académie des sciences

Digitized by Google

succession qui existe dans certaines circonstances, au profit des *vicini*, c'est-à-dire des habitants de la communauté? D'où vient l'interdiction faite à tout étranger de s'établir dans une communauté et d'y prendre des terres sans le consentement de ceux qui en font déjà partie? Il y avait même des localités où l'habitant ne pouvait pas vendre sa terre sans le consentement des autres, et si cette rigueur disparut dans la suite, on admit cependant jusqu'en plein moyen âge que, dans le cas de vente d'un bien-fonds faite à un étranger sans le consentement des *vicini*, chacun de ces derniers aurait le droit de racheter la terre à l'étranger pendant un certain temps [1]. En réalité, de la fusion des institutions romaines avec les usages germaniques et aussi de la nouveauté de l'état social créé par l'établissement des Francs, il résulta, pour le régime de la terre, un système tout particulier, souvent très compliqué et qui prépara parfois en partie la période de la féodalité. Aussi cette étude de la propriété foncière chez les Francs offre-t-elle le plus grand intérêt.

Il n'en est pas de même pour la propriété des meubles. Celle-ci, autrefois la plus importante chez les Germains, passe définitivement au second rang, malgré la valeur souvent considérable des trésors accumulés par les princes et les grands seigneurs; la disparition rapide de l'esclavage antique eut aussi pour effet de diminuer, dans une proportion sensible, la richesse mobilière. Les meubles sont en général soumis au régime de la propriété individuelle; ils s'acquièrent et se transmettent simplement et ne comportent pas, dans leur appropriation, ces variétés nombreuses auxquelles sont soumises les terres. D'ailleurs la division

morales à une discussion que l'on trouvera dans le tome CXXIV des *Séances et travaux* de cette Académie.

[1] Ce droit est connu en Allemagne sous les noms de *Näherrecht*, *Gespielde*, *Nahbarrecht*. Voy. Engelmann, *Dissertatio de retractu locali*, Strasbourg, 1776, p. 9 et suiv.—Walch, *Das Näherrecht*, 3e éd., Iéna, 1795.—Mittermaier, *Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts*, Regensburg, 1843, t. XXII, p. 33 et suiv. — Grimm, *Deutsche Rechtsalterthümer*, p. 531. — Phillips, *Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts*, 1846, t. I, p. 517. — Voy. aussi un article de Lewis, v° *Näherrecht*, dans le *Rechtslexicon* d'Holtzendorff, où se trouvent indiqués les articles de revue, parus en Allemagne sur ce sujet.

Digitized by Google

des biens en meubles ou immeubles ne s'applique encore qu'aux biens corporels; elle n'a pas pris le développement et l'importance qu'on lui reconnaît dans notre droit actuel, mais cependant la distinction est nettement faite et il ne faut pas s'en étonner. Ne repose-t-elle pas, en effet, sur la nature même des choses? Sous plus d'un rapport la loi diffère même déjà selon qu'il s'agit de meubles ou d'immeubles [1]. Ces différences tiennent souvent à ce que l'on admet pour les immeubles la notion de la propriété de famille, tandis qu'on préfère pour les meubles celle de la propriété individuelle. Ainsi les lois de succession sont très souvent différentes, suivant qu'il s'agit de meubles ou d'immeubles; la division par exemple de la terre en salique (*aviatica*) ou non, est, comme ces termes mêmes l'indiquent, absolument étrangère aux meubles, et même nous verrons que les meubles répondent seuls des dettes à l'exclusion des immeubles [2].

On relève dans l'Empire franc trois espèces de terres: les terres publiques dans lesquelles rentre le domaine de la couronne, les terres communes, les terres privées. Ces dernières appartiennent aux Romains ou aux Barbares; les uns et les autres ont d'ailleurs la propriété et cette propriété est franche de toute redevance foncière. Certaines terres sont toutefois particulièrement privilégiées: ce sont celles qui ont obtenu le bénéfice de l'immunité. Quant aux tenures proprement dites, elles sont de diverses natures: d'abord le précaire et le bénéfice; ensuite les tenures des colons et celles des lites; enfin les tenures serviles. Il est inutile d'ajouter qu'on peut aussi détenir une terre en qualité de locataire ou de fermier dans le sens actuel de ce mot.

Mais cette simple indication suffit pour montrer dès le début que déjà, dans les premiers temps de la domination franque, le régime de la terre était très compliqué chez les Francs. Cela tient à ce que les nouveaux venus respectèrent en général le système organisé par les Romains. Ils introduisirent en outre

[1] La division des biens en meubles ou immeubles est nettement faite dans certains textes. Voy. par exemple la formule 125 de partage de Rozière, c'est la 55e formule d'Anjou; Zeumer, p. 24.

[2] Ce fait a persisté en France et en Allemagne en plein moyen-âge.

Digitized by Google

celui qui résultait de leurs coutumes, et enfin les circonstances nouvelles de la vie publique ou privée provoquèrent la naissance d'institutions qui n'existaient pas auparavant. Aussi, pour chaque espèce ou tenure de terre doit-on se demander si son régime est d'origine romaine ou si elle dérive des usages germaniques ou enfin si elle est de formation nouvelle ?

On sait quel était le régime de la propriété en Gaule au moment de l'invasion des Francs. Il y avait des terres publiques de l'Etat, des terres privées provinciales, des terres jouissant de la propriété quiritaire, des bénéfices militaires créés pour la défense de l'Empire, des terres concédées à des colons qui y étaient attachés à perpétuité. Les terres publiques et même celles des particuliers faisaient souvent l'objet de baux perpétuels [1]. A défaut de ces baux à longue durée, l'Etat louait volontiers ses biens pour la durée de cinq ans, et à condition de retrait pour le cas où le *vectigal* ne serais pas exactement payé [2]. L'Eglise continua à observer ces usages. Sans doute, sous plus d'un rapport, la propriété romaine fut modifiée : la distinction des *res* en *mancipi* ou *nec mancipi* dût disparaître ; il faut en dire autant de celle des immeubles en provinciaux ou italiques. Mais pour tout ce qui touche à la culture du sol, on s'attacha très souvent à respecter les pratiques des Romains. Ainsi les colons subsistèrent après la conquête, tels qu'ils avaient vécu auparavant, tout au plus changèrent-ils parfois de maîtres. Quant aux bénéfices militaires, ils perdirent tout naturellement ce caractère du moment qu'il n'y eut plus d'Empire à défendre ; mais on ne sait pas bien exactement ce que devinrent les *gentiles* et les *læti* détenteurs de ces terres, s'ils furent purement et simplement confondus avec les Barbares nouveaux-venus, ou si ces derniers les maintinrent dans un assujettissement partiel. Quant aux terres publiques du fisc, elles avaient jusqu'alors appar-

[1] Voy. à cet égard Garsonnet, *Histoire des locations perpétuelles*.

[2] L. 3, § 6, *De jure fisci*, 49, 14. — L. 1, pr. *Si ager vectigalis*, 6, 3. — L. 31, *De pignoribus et hypothecis*, 20, 1. — Ces locations avaient été à l'origine faites pour cinq ans, précisément parce qu'elles étaient consenties par le censeur, à chaque lustre ; lorsque cette magistrature tomba en désuétude, l'usage se maintint tout naturellement de limiter les baux à cette durée.

Digitized by Google

tenu à l'Empereur ; elles passèrent tout naturellement dans les mains des rois barbares et constituèrent la partie la plus importante de leurs immenses domaines. Les biens confisqués et les successions en déshérence contribuèrent aussi à entretenir ce domaine ; mais souvent les princes l'appauvrirent par des concessions nombreuses, surtout au profit de l'Eglise et des monastères. Il n'existe pas, à vrai dire, de texte qui consacre expressément cette acquisition des biens du fisc impérial par les rois barbares. Mais à qui ces biens auraient-ils pu être attribués, sinon au roi ? Une donation de Clovis à Euspice, en 511 et d'autres de 528 et 558, mentionnent le fisc royal dans diverses parties de la Gaule, et l'auteur anonyme de la vie de saint Babolein nous apprend que Saint-Maur-des-Fossés appartenait au fisc avant comme après la conquête [1]. Les colons et emphytéotes du domaine public ne changèrent d'ailleurs pas de condition : ils durent senlement payer, à l'avenir, leurs redevances, soit à la couronne, soit aux concessionnaires auxquels avaient été cédées les terres sur lesquelles ils étaient établis, par exemple à une Eglise, à un leude [2].

Sous la monarchie franque, on ne séparait pas le domaine de l'État de celui du roi. Tout ce qui appartenait à l'État était la propriété privée du roi qui en disposait librement [3]. De même le roi possédait le fisc à titre de propriété privée et les levées d'impôts entraient dans son trésor particulier. Les chroniqueurs nous montrent l'importance qu'on attachait à cette époque au trésor. Tout grand du royaume possédait le sien [4]. Parfois ce trésor constituait une importante richesse ; aussi s'efforçait-on de le mettre en sûreté. Le trésor du roi, sans cesse accru par les impôts, les amendes, les confiscations, ne tarda pas à devenir considérable. Au contraire, le domaine du roi diminua sans

[1] *Diplomata*, I, n° 87, 111 et 162. — *Recueil des historiens des Gaules et de la France*, t. III, p. 565.

[2] *Vita sancti Remigii*, dans le *Recueil des historiens des Gaules et de la France*, t. III, p. 377.

[3] Voy. à cet égard Gierke, *Genossenschaftrecht*, t. I, p. 115 et suiv.

[4] Voy. par exemple Grégoire de Tours, liv. VI, § 24 et 26 ; liv. VII, § 38 et 40 ; liv. VIII, § 3 et 45 ; liv. X, § 21.

Digitized by Google

cesse par l'effet des nombreuses concessions que les princes firent à des grands et surtout à des églises ou à des monastères; mais il n'en resta pas moins toujours fort important.

Le domaine royal était composé sous le règne de Clovis de toutes les terres appartenant au fisc impérial qui n'avaient pas été distribuées à des particuliers. Bientôt il s'accrut des propriétés restées sans maîtres, des terres confisquées et aussi de celles qui étaient prises sur d'autres peuples barbares. Grâce à ces circonstances, le domaine royal resta toujours considérable malgré les aliénations qu'il subissait et ne tarda pas à s'étendre dans toutes les parties de la Gaule. A ces époques de troubles les biens sans maîtres étaient beaucoup plus fréquents qu'aujourd'hui; tous étaient acquis au fisc. Celui-ci s'enrichissait aussi des nombreuses confiscations qui se pratiquaient à cette époque. Souvent, ces confiscations étaient légales; on sait que dans de nombreux cas la loi prononçait cette peine et que, si un individu était mis hors la loi, ses biens étaient acquis au roi [1]. L'exploitation des mines appartenait aux propriétaires du sol, les rois n'avaient de droit que sur celles qui, avant la conquête, étaient déjà exploitées au profit du fisc impérial [2]. Les forêts, les grands pâturages, les terres incultes, appartenaient souvent au roi. Celui-ci conférait des droits d'usage aux abbayes ou aux groupes d'habitants du voisinage moyennant le paiement de certaines redevance appelées *agraria* ou *pascuaria*. Enfin venaient les domaines exploités. Quant aux biens proprement dits du domaine royal, ils s'appelaient *agri fiscales, villæ fiscales, fisci dominici* [3]. Ces domaines des rois francs comprenaient chacun une *villa* qui servait de demeure au prince, et on sait que les rois de la première race préférèrent ces *villæ* à leurs palais des cités à cause de leur amour pour la chasse. D'ailleurs, tout autour de la demeure du roi, chaque *villa* comprenait un nombre considérable d'habitations qui en faisaient une sorte de ville. C'étaient d'abord les demeures des

[1] Voy. par exemple loi des Ripuaires, tit. LXIX, § 1 et 2.

[2] *Gesta Dagoberti*, I, § 40.

[3] Grégoire de Tours, liv. VI, § 32 et 45. — *Diplomata*, I, 75 et 77; II, 142. — Rozière, Form. 80.

Digitized by Google

officiers attachés au service du roi; puis des fabriques destinées à donner satisfaction à tous les besoins de la vie; manufactures d'armes, orfévreries, ateliers de tissage ou de broderie pour les femmes, etc.; enfin venaient des bâtiments d'exploitation destinés à l'agriculture et les nombreuses cabanes des tenanciers, colons, lites, serfs, chargés de la culture de la terre [1]. A l'origine, il y avait eu, dans chaque résidence royale (*domus regiæ, palatii*) un chef spécial, le *major, princeps, rector, præfectus*, chargé de la garde du trésor et veillant à ce que la protection royale s'étendît à tous ceux qui y avaient droit [2]. Mais des rivalités sans fin s'élevèrent entre ces agents et, pour y couper court, on s'arrêta au parti de n'établir qu'un maire dans chaque royaume. Quant aux domaines du roi, ils furent, de très bonne heure, spécialement confiés à l'administration des *domestici* et des agents inférieurs qui leur étaient subordonnés.

Il ne semble pas que cette organisation des domaines royaux ait été modifiée sous les Carolingiens. Charlemagne habitait volontiers des demeures qui ressemblaient singulièrement aux métairies mérovingiennes; il aimait séjourner dans ses villas les plus importantes et en même temps les plus rappprochées des frontières où la guerre était menaçante [3].

Mais Charlemagne a apporté à l'organisation de ses domaines le même soin qu'à l'administration de l'Empire, et il leur a consacré un capitulaire spécial qui entre dans les plus minutieux détails pour la gestion des *villæ* impériales [4]. Toutes les différentes parties d'une *villa* sont successivement passées en revue, et pour chacune d'elles l'Empereur donne des instructions très précises sur leur administration propre. S'agit-il de terres la-

[1] Voy. la description intéressante d'une *villa* royale dans Augustin Thierry, *Récits des temps mérovingiens*, p. 107.

[2] Rozière, Form. 9.

[3] On trouvera une liste complète des localités signalées par les chroniqueurs comme ayant servi de séjour à Charlemagne dans Vétault, *Charlemagne*, p. 368, note.

[4] Capit. *De villis*, dans Boretius, p. 82 et suiv. On n'est pas d'accord sur la date de ce capitulaire. Pertz suit l'opinion d'Eccard qui lui donne l'année 812 pour date; mais Boretius le croit plus ancien et lui assigne l'année 800 ou même une année antérieure.

Digitized by Google

bourées, le capitulaire détermine les semences qu'on devra y jeter, le mode de culture à employer, la manière de faire la moisson, etc.; ou devra se procurer les semences de meilleure qualité, cultiver les champs avec le plus grand soin; le capitulaire recommande même au *judex*, c'est-à-dire à l'administrateur de la *villa*, de veiller à ce que les méchants et les sorciers ne jettent pas des sorts ni des maléfices sur les récoltes[1]. On retrouve les mêmes préoccupations, les mêmes détails pour la culture de la vigne et les vendanges [2]. Il est même question de la meilleure manière d'obtenir du bon miel des abeilles, du beurre avec le lait, de la farine avec le grain. L'élevage du bétail fait également l'objet de dispositions très variées ; il y aura des bœufs, des vaches, des moutons, des porcs, on en détermine même le nombre; des dispositions spéciales sont consacrées aux haras; la volaille du poulailler elle-même n'est pas oubliée, pas plus que les œufs qu'elle peut procurer. Il y aura aussi des oiseaux plus ou moins rares, des paons, des faisans, des colombes, des tourterelles, *pro dignitatis causa* [3]. Quant aux jardins, ils devront être pourvus de nombreuses espèces d'arbres, de plantes et de fleurs dont le chapitre 10 du capitulaire donne une interminable énumération. On trouve aussi dans cette loi l'indication de tous les bâtiments que peut comprendre une *villa* et un véritable inventaire de tous les meubles ou ustensiles qui doivent les garnir [4]. Les étangs et les forêts ne sont pas non plus oubliés, les forêts surtout sont l'objet de la sollicitude de Charlemagne [5]. La chasse était en effet une des occupations favorites de

[1] Capit. *De villis*, cap. 4, 37, 51, etc.

[2] Voy. par exemple le capit. *De villis*, cap. 8.

[3] Capit. *De villis, passim*, Voy. notamment le cap. 40.

[4] Capit. *De villis*, cap. 40 et 44.

[5] Capit. *De villis*, cap. 36. « *Ut silvæ vel forestes nostræ bene sint custoditæ; et ubi locus fuerit ad stirpandum, stirpare faciant et campos de silva increscere non permittant; et ubi silvæ debent esse, non eas permittant nimis capulare atque damnare; et feramina nostra intra forestes bene custodiant; similiter acceptores et spervarios ad nostrum profectum prævideant; et censa nostra exinde diligenter exactent. Et judices, si eorum porcos ad saginandum in silvam nostram miserint vel majores nostri aut homines eorum, ipsi primi illam decimam donent ad exemplum bonum proferendum*

Digitized by Google

l'époque et elle était plus particulièrement attrayante dans les forêts. Aussi le roi ne s'en rapportait pas, sous ce rapport, à l'administration du *judex* de la *villa* et il voulait que celui-ci reconnut autorité à tout le personnel des chasses de la cour [1]. Il paraît bien que l'Empereur se réservait d'une manière absolue le droit de chasse; il ne permettait de chasser que les loups qui sont des animaux nuisibles; on pouvait les détruire en tout temps, mais leurs pelisses devaient être envoyées au roi. Au mois de mai il fallait même poursuivre les louveteaux et les détruire par le poison ou en lançant des chiens contre eux ou encore en leur tendant des pièges [2].

A la tête de chaque *villa* était placé un *judex*, véritable intendant général, qui réunissait sur sa tête les fonctions d'administrateur, de comptable et de juge. Il avait nécessairement sous ses ordres un certain nombre d'employés subalternes dont ne parle d'ailleurs pas le capitulaire. Il n'y est pas davantage question des tenanciers qui cultivaient les terres de la *villa;* on peut conclure de ce silence qu'ils étaient soumis à la condition ordinaire des cultivateurs libres, demi-libres ou serfs. Mais le capitulaire énumère avec soin tous les artisans et ouvriers qui devaient se trouver dans la *villa* pour en assurer la bonne administration [3].

Comme administrateur, le *judex* jouissait de pouvoirs à peu près absolus vis-à-vis des employés et tenanciers de la *villa,*

qualiter in postmodum ceteri homines illorum decimam pleniter persolvent.

[1] Capit. *De villis*, cap. 47. « *Ut venatores nostri et falconarii vel reliqui ministeriales, qui nobis in palatio adsidue deserviunt, consilium in villis nostris habeant, secundum quod nos aut regina per litteras nostras jusserimus, quando ad aliquam utilitatem nostram eos miserimus, aut siniscalcus et buticularius de nostro verbo eis aliquid facere præceperint.* »

[2] Capit. *De villis*, cap. 69.

[3] Capit. *De villis*, cap. 45. « *Ut unusquisque judex in suo ministerio bonos habeat artifices, id est fabros, ferrarios et aurifices vel argentarios, sutores, tomatores, carpentarios, scutarios, piscatores, aucipites, id est ancellatores, saponarios, siceratores, id est qui cervisam vel pomatium sive piratium vel aliud quodcumque liquamen ad bibendum aptum fuerit facere sciant, pistores, qui similam ad opus nostrum faciant, retiatores qui retia facere bene sciant, ministeriales quod ad numerandum longum est.* »

Digitized by Google

mais il devait d'ailleurs les traiter avec bienveillance. Il relevait directement du roi [1]. Cependant, comme il était certaines affaires pour lesquelles les femmes avaient une compétence spéciale, le roi, tout au moins dans certains cas, partageait son autorité avec la reine et celle-ci avait alors le droit de donner des ordres au *judex* [2]. Il était interdit au *judex* de s'attribuer des droits sur les personnes, les biens ou les revenus de la *villa* si ce n'est sous les conditions déterminées par le capitulaire [3]. Il devait donner le dixième de tous les produits aux églises établies sur le territoire de la *villa*, mais il lui était interdit de faire profiter de la dîme les autres églises, c'est-à-dire celles qui ne se trouvaient pas *in fiscis* à moins d'un usage contraire ancien [4].

Comme comptable, le *judex* devait chaque année, à l'époque de la Nativité, envoyer au roi un état très détaillé des produits et des dépenses; il faisait connaître ce qu'il avait perçu, ce qu'il avait réservé, ce qu'il avait vendu [5].

Enfin le *judex* devait la justice à tous ceux qui habitaient dans la *villa*, libres ou esclaves. Il jugeait les affaires civiles et les affaires criminelles. Le capitulaire lui recommande de rendre une pleine et entière justice. D'ailleurs il ne statue, même sur les causes des serfs, qu'à charge d'appel au roi [6].

[1] Capit. *De villis*, cap. 16, 27, 47, 58.

[2] Capit. *De villis*, cap. 1 et 2.

[3] Capit. *De villis*, cap. 3. « *Ut non præsumant judices nostram familiam in eorum servitium ponere, non corvadas, non materia cedere nec aliud opus sibi facere cogant, et neque ulla dona ab ipsis accipiant, non caballum, non bovem, non vaccam, non porcum, non berbicem, non porcellum, non agnellum nec aliam causam, nisi buticulas et ortum, poma, pullos et ova.* »

[4] Capit. *De villis*, cap. 6. — Quant à ces églises établies *in fiscis*, il était ordonné au *judex* de les donner seulement à des clercs du roi, « *de familia aut de capella nostra* », *ibid.*

[5] Capit. *De villis*, cap. 62.

[6] Capit. *De villis*, cap. 52, 56, 57. Quant au pouvoir de répression du judex de la *villa*, il est nettement déterminé par le cap. 4 de notre capitulaire ainsi conçu : « *Si familia nostra partibus nostris aliquam fecerit fraudem de latrocinio aut alio neglecto, illud in caput componat; de reliquo vero pro lege recipiat disciplinam vapulando, nisi tantum pro homicidio et incendio, unde fraude exire potest. Ad reliquos autem homines justitiam eorum, qualem habuerint, reddere studeant, sicut lex est; pro fraude vero*

Digitized by Google

A côté des terres du domaine public et de la couronne et des propriétés privées, il existait aussi chez les Barbares des terres communes; elles appartenaient par indivis aux membres de la communauté ou, comme on a dit, de la mark. Cette communauté agraire partielle était beaucoup plus fréquente en Allemagne qu'en Gaule et elle a laissé chez nos voisins de très profondes racines.

Telle est du moins la doctrine généralement reçue, mais elle a été, dans ces derniers temps, vivement attaquée par M. Fustel de Coulanges [1]. Cet éminent historien formule d'abord ainsi l'opinion qu'il combat : la marche ou terre commune existait à l'origine de la Germanie. C'est même dans ce vieux âge qu'elle avait le plus d'étendue et la marche que l'on retrouve au XIIe siècle n'est qu'un reste de cette vaste communauté. Les textes du XIIe siècle et des époques suivantes montrent que la mark est une terre indivise entre les habitants d'un village; or ce mot mark est très vieux dans la langue germanique ; donc la division de la mark est infiniment ancienne.

Après avoir ainsi formulé l'opinion généralement reçue, M. Fustel de Coulanges essaie de la combattre par le procédé suivant. Il conteste d'abord que le mot *mark* soit ancien, il ne se rencontre ni dans Tacite ni dans César; on n'y relève même aucun mot latin se rapprochant de ce terme. Sans doute un certain nombre de textes de l'époque barbare emploient le mot *marca*, notamment la loi des Alamans, celle des Bavarois, mais dans ces textes le mot *marca* signifie simplement limite d'un territoire, frontière d'un pays. Tel est, en effet, le sens ordinaire de ce mot, et c'est encore avec ce sens qu'on le rencontre aux VIIIe et IXe siècles. Bientôt cependant la *marca* désigne aussi le pays frontière; puis enfin la terre privée, située à la limite d'un domaine ; mais il s'agit d'ailleurs là de la terre d'un particulier et non d'une terre commune. Cette *marca* ou *villa* contient des

nostra, ut diximus, familia vapuletur. Franci autem qui in fiscis, aut villis nostri commanent, quicquid commiserint, secundum legem eorum emendare studeant, et quod pro frauda dederint, ad opus nostrum veniat, id est in peculio aut in alio prœtio. »

[1] *Recherches sur quelques problèmes d'histoire.*

Digitized by Google

terres cultivées et non pas seulement des terres incultes; elle ne se partage pas périodiquement et on en hérite comme de tout autre bien. Il existe, sans doute, des terres communes, mais on les appelle *communia :* ce sont des terres incultes ou tout au moins d'une culture difficile et que pour ce motif on n'a pas distribuées entre les tenanciers du domaine. Souvent aussi un propriétaire confère à quelques-unes d'entre eux des droits de pacage, de pâturage, de glanage, ou autres de même nature sur des forêts, des prairies. Ces droits apparaissent surtout au XIIe siècle, sous le nom de *almende,* mais ces prétendus communaux sont de simples droits d'usage sur une terre privée qui n'impliquent aucune propriété antérieure au profit du village. D'autres fois aussi, ce mot désigne une forêt possédée en commun par quelques copropriétaires [1].

Tout le système de M. Fustel, comme on le voit, repose donc sur un mot. Les érudits ont appelé *marca* un certain régime de communauté agraire qui aurait existé dès les temps de la Germanie de Tacite. Cependant ce mot *marca* ne se présente avec l'idée de communautée qu'au XIIe siècle et encore d'une manière très restreinte; donc cette communauté agraire n'a pas existé auparavant. Cette interprétation est fort contestable. Le savant auteur prétend que le mot *marca* signifie à l'époque barbare frontière, limite de pays, et non pas communauté. Il a eu le tort de ne pas voir que ce mot exprime les deux choses à la fois. La frontière est précisément à cette époque, entre peuples barbares [2], non pas comme aujourd'hui une ligne précise de démarcation entre deux territoires, mais une certaine étendue de terrain plus ou moins vaste qui sépare deux pays, et ce terrain est considéré comme chose commune entre eux [3]. C'est ainsi

[1] Voici comment M. Fustel de Coulanges résume lui-même sa doctrine : « Depuis le Ve siècle jusqu'au XIIe, la marche est souvent mentionnée. Mais cette *marca* était d'abord une simple limite entre deux domaines. Elle a été ensuite un domaine entier. Elle a été enfin une forêt possédée en commun par quelques copropriétaires, ou laissée à l'usage commun des tenanciers par la concession du propriétaire unique. Nous n'avons jamais vu qu'elle fût une terre sans propriétaire, une terre de tous. »

[2] Les Romains, au contraire, établissaient des frontières très nettes.

[3] On relève une idée analogue chez les jurisconsultes romains. Dans l'ac-

Digitized by Google

que le mot *marca* signifie sans doute frontière, mais en même temps et aussi terre commune et, de plus, la frontière s'appelle *marca* précisément parce qu'elle est considérée comme terre commune [1].

Mais, même en admettant que le mot *marca* ne concerne jamais à cette époque une terre commune, est-ce une raison suffisante pour en conclure qu'aucune terre n'aurait été possédée en commun ? On ne peut contester l'existence de la *marca* comme terre commune à partir du XIIe siècle et alors on est obligé de reconnaître, avec le système de M. Fustel de Coulanges, que sur certaines parties du territoire la communauté des terres a remplacé la propriété individuelle. Tout au moins serait-il indispensable de montrer par suite de quelles circonstances extraordinaires s'est réalisé ce phénomène pour ainsi dire unique dans l'histoire.

Sans doute le mot *marca* ne se rencontre pas dans la loi salique, ni dans celle des Visigoths, ni dans celle des Lombards, ni dans celle des Thuringiens, ni dans celle des Frisons, ni dans celle des Saxons. Mais qu'importe si de nombreux textes nous parlent de la communauté de certaines terres ? De ce que la *marca* est indiquée parfois comme terre cultivée soumise à la jouissance d'un individu, susceptible de transmission par succession, il n'est pas permis de conclure que cette terre échappe à toute communauté. La propriété peut affecter les formes les plus diverses et se combiner même parfois avec un communisme partiel ; c'est ce qu'on a trop souvent le tort d'oublier. La *marca* porte parfois sur des terres incultes, des forêts, des pâturages qui restent communs entre tous les habitants d'une contrée. Mais parfois aussi elle a pour objet des terres cultivées et même habitées et alors elle s'établit au-dessus d'une propriété individuelle qu'elle domine.

tion *finium regundorum*, toutes les fois qu'il est impossible de retrouver les anciennes limites, on considère comme commune l'étendue du terrain pour lequel les limites sont indécises. Voy. L. 2, § 1, *finium regundorum* 10, 2 et l'interprétation que donne Vangerow de cette loi, *Lehrbuch der Pandekten*, III, § 658 de cette loi.

[1] Voy. par exemple la chronique de Marius, dans Bouquet, II, 19. Loi des Ripuaires, tit. LX, § 5. — Loi des Alamans, tit. XLVII.

Digitized by Google

Les habitants de la *marca* sont propriétaires de leurs lots ; ils en ont la jouissance, ils en prennent les fruits, ils peuvent les aliéner, ils les transmettent même par succession; mais tous ces droits comportent des restrictions au profit de la communauté qui existe entre eux. Ils sont à la fois soumis à la propriété individuelle pour les lots qui leur sont propres et à la communauté pour l'ensemble du territoire. Telle est bien du moins la situation qui résulte de nombreux textes, car si le mot *marca* ne se trouve pas dans la plupart des lois barbares, la chose ne s'y rencontre pas moins à chaque instant. Mais les *leges* ont le soin de ne pas réglementer la *marca* et ce point est digne de remarque. Il y avait tout naturellement entre les *vicini* des usages locaux; c'est pour les respecter que les lois barbares n'organisent pas la *marca* d'une manière uniforme. Voilà comment peut s'expliquer leur silence partiel. Mais si la *marca* n'est pas organisée dans les *leges*, elle n'y existe pas moins et à défaut de dispositions formant un tout complet nous rencontrerons cependant des mesures partielles qui s'y réfèrent. Comment pourrait-il en être autrement, alors qu'avant les invasions les Germains pratiquaient très largement le système de la communauté des terres? Ils n'y ont pas purement et simplement renoncé au contact de la civilisation romaine. Mais la propriété individuelle s'est incontestablement maintenue et même développée auprès de la *marca*. C'est ce que nous constatons sans peine chez tous les peuples barbares [1].

La *marca* porte assez ordinairement sur des bois, des pâturages, des terres incultes, mais quelquefois même des terres labourables sont exploitées et mises en commun [2]. Les lois barbares contiennent un certain nombre de prescriptions sur les

[1] Notamment chez les Anglo-Saxons, mais en ce qui les concerne nous nous bornerons à renvoyer à ce que nous avons dit dans notre *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, t. I. — On ne peut toutefois pas contester que certains auteurs ont exagéré l'importance de la *Marca* et l'ont parfois vue là où elle n'existait pas.

[2] Loi des Burgondes, tit. I, et XXXI. — Loi des Ripuaires, tit. LXXXVI. — Loi des Visigoths, VIII, 5, c. 2 et 5; 10, c. 9. — Rozière, Form. 137 et 339. — Diplômes dans Eccard, p. 863, 883, 886, 889, 891.

Digitized by Google

droits de chacun dans les bois et pâturages communs [1]. Il est certain que le régime de l'exploitation par lots individuels s'est singulièrement développé aux dépens de la culture en commun. Les textes de l'époqne carolingienne ne parlent, pour ainsi dire, jamais de partages périodiques [2]. L'influence romaine est ici manifeste. On donna à chacun le droit de se clore. Le système de bornage des *agrimensores* romains se répandit partout et des peines sévères furent prononcées contre ceux qui se permettraient de violer les clôtures [3]. La loi des Bavarois reconnut expressément le droit de convertir certaines terres communes en propriétés privées à la condition de s'y clore et de les cultiver [4]. Mais, même dans les localités où se produisit ce changement, les différents habitants de la marche ne devinrent pas absolument indépendants les uns des autres. Ils continuèrent à s'appeler *vicini, vicinales, convicini, vicini pagenses, pares,* etc., et furent liés entre eux par certains devoirs qui résultaient d'une propriété supérieure.

De nombreuses traces de l'ancienne communauté germanique se maintinrent entre les habitants de la même marche. Les *vicini* répondaient des crimes commis sur le territoire de la mark ou dont l'auteur s'y était réfugié et, si on ne le découvrait pas, ils devaient payer la composition à sa place [5]. Certaines lois reconnaissent l'existence d'une justice spéciale chargée de juger diverses contestations entre *vicini;* notamment le procès relatif aux partages, aux bornages et aux clôtures, ceux qui concer-

[1] Loi des Burgondes, tit. XIII, XXXI, LIV, 2. — Loi des Visigoths, VIII, 5, 2; X, 1, 8 et 9.

[2] Voy. cependant un diplôme de 815 dans Neugart, I, n° 182.

[3] Sur l'influence des *agrimensores* romains à l'époque des invasions, Voy. ce que dit Giraud dans son *Histoire du droit français au moyen âge*. Voy. aussi loi salique amendée, tit. X, § 9; tit. XXIX, § 26. — Loi des Visigoths, III, 5, 5. — Loi des Burgondes, tit. XXVII et LV. — Loi des Bavarois, tit. XII.

[4] Tit. XVIII, § 1 et 2.

[5] *Capita extravagantia legis salicæ*, IX, éd. Pardessus, p. 332. — Capit. de Clovis, 500, c. 9. dans Pertz, *Leges*, II, p. 4. — Décret de Childebert, 596, c. 5, 11 et 12, dans Pertz, *Leges*, I, p. 10. — Décret de Clotaire, II, 615, c. 11, dans Pertz, *Leges*, I, p. 11.

Digitized by Google

naient les jouissances communes, les délits contre la propriété, etc. [1]. La mark avait encore sa coutume qu'on appliquait dans ces contestations [2]. Les juges et les cojureurs étaient nécessairement pris parmi les *vicini* [3]. C'est précisément l'existence de ces coutumes locales qui a obligé les rédacteurs des *Leges* à ne s'occuper que fort peu de la *marca :* ils voulaient respecter, comme nous l'avons déjà dit, les usages particuliers des *vicini*.

Il y avait, à notre avis, dans chaque *marca* et entre les *vicini*, avons-nous dit, deux sortes de terres: les unes étaient l'objet d'une propriété privée; mais il existait au profit de la communauté une propriété supérieure, une sorte de domaine direct qui gênait et limitait la propriété individuelle; en second lieu, il existait, entre les *vicini*, des terres vraiment et directement communes.

Nous rencontrons dans les lois barbares un certain nombre de dispositions qu'il est absolument impossible d'expliquer d'une manière satisfaisante si l'on n'admet pas l'idée d'une propriété supérieure au profit de la communauté. Aussi aucun habitant n'avait le droit exclusif de chasse ou de pêche; la vaine pâture s'exerçait sur les champs même clos après la moisson et les vendanges [4]. Mais les deux textes les plus importants sur cette question sont sans contredit le célèbre titre XLV de la loi salique, *De migrantibus* [5], et un édit de Chilpéric en matière de succession [6].

Le titre *De migrantibus* a été très diversement compris dans ses détails; mais on admet en général qu'il suppose le cas où un étranger, *homo migrans*, veut s'établir dans la marche et il a besoin, à cet effet, du consentement de tous les habitants; l'oppo-

[1] Loi des Bavarois, tit. IX; tit. XII, § 3 et 4. — Loi des Visigoths X, 1, 8; X, 3, 4, 3 et 5. — *Lex salica emendata*, tit. X, § 11.

[2] Loi de Rotharis, chap. 351.

[3] Loi des Burgondes, tit. XLIX, § 3. — Loi des Bavarois, tit. XVII. — Capit. de 797, cap. 4, dans Pertz, *Leges*, I, p. 76. — Rozière, Form. 409.

[4] Loi des Visigoths, VIII, 3, 9; VIII, 4, 23, 26, 27; VIII, 5, 2 et 5. — Loi des Bavarois, tit. XII, § 9 et suiv. *Lex salica emendata*, tit. XXXV, § 1, 4, 5, éd. Pardessus, p. 299. — Loi de Rotharis, chap. 317 et suiv.

[5] Tit. XLVII, de la *Lex emendata*.

[6] Edit de Chilpéric, chap. 3, dans Boretius, p. 8.

Digitized by Google

sition d'un seul suffit pour l'obliger à se retirer, au risque d'encourir une amende. D'ailleurs le consentement des *vicini* peut être tacite et il résulte d'une jouissance paisible pendant un an. Comment expliquer ce texte et ce droit d'opposition des *vicini*, si ce n'est en disant qu'il existe, au profit de la communauté, un droit de propriété supérieure? M. Fustel de Coulanges a bien compris l'importance de cette disposition et il a proposé pour notre titre *De migrantibus* une explication toute nouvelle. On peut la résumer ainsi [1]: une personne veut changer de domicile (*migrare*) et elle s'établit sur une terre appartenant à un autre (*super alterum*). Le propriétaire ne peut pas se plaindre, « apparemment, parce qu'il est absent, » dit M. Fustel, et alors, à défaut de ce propriétaire, la loi accorde le droit d'opposition aux voisins, c'est-à-dire aux habitants de la *villa*. Il suffit qu'un seul proteste pour que le *migrans* soit obligé de se retirer; s'il refuse, le plaignant saisit le comte de l'affaire, lequel expulse l'*homo migrans*. Mais si tous gardent le silence, au bout d'un an, le nouveau venu est à l'abri de l'opposition des tiers. Ce texte suppose donc une personne qui veut s'emparer du bien d'autrui et alors, pour protéger la propriété privée, on donne à chacun des habitants du villages le droit de s'y opposer, mais il n'y a là aucune trace de communauté légale. Que tel soit bien le sens de notre disposition, c'est ce qui résulte manifestement d'un capitulaire de 819 relatif à la loi salique [2]. Il y est dit, à propos de

[1] Voy. Fustel de Coulanges, *Étude sur le titre* De migrantibus *de la loi salique*, Paris, Thorin, 1886, une broch. in-8. Ce mémoire a aussi paru dans la *Revue générale de droit*, année 1886. — Pour mieux comprendre la discussion qui va suivre, il est nécessaire d'avoir sous les yeux le texte même de la loi salique. Voici ce que porte le § 1er du tit. XLV : « *Si quis super alterum in villa migrare voluerit, et unus vel aliqui de ipsis qui in villa consistunt eum suscipere voluerint, si vel unus extiterit qui contradicat, migrandi ibidem licentiam non habebit.* » Le § 2 expose la procédure que doit suivre celui qui ne consent pas à l'établissement de l'étranger; l'*homo migrans* ayant refusé de se retirer encourt une amende de trente sous et est chassé de force par le comte. Enfin le § 3 ajoute : « *Si vero quis migraverit et infra XII menses nullus testatus fuerit, securus sicut et alii vicini maneat.* »

[2] Capit. d'Aix-la-Chapelle de 819, Boretius, p. 293.

Digitized by Google

notre titre, qu'à toute époque, cet *homo migrans* étant un usurpateur, pourra être actionné en justice pour rendre la terre au demandeur, à moins qu'il n'établisse un titre légal de propriété à son profit [1]. Le titre XLV de la loi salique a donc en vue un usurpateur de mauvaise foi et il donne aux habitants du village, à défaut du propriétaire intéressé, le droit de s'opposer à son établissement.

Telle est l'ingénieuse explication proposée par l'éminent historien. Elle soulève toutefois plus d'une objection. L'*homo migrans* est sans doute, à notre avis, un homme qui vient s'établir sur le bien d'autrui et tel est le sens des mots *migrare super alterum,* mais cet homme est-il un usurpateur? c'est ce que ne nous dit nullement le texte. La loi salique est bien plus générale; à vrai dire, elle ne parle pas des circonstancs à la suite desquelles se produit l'établissement du nouveau venu. Peut-être l'ancien possesseur est-il absent, comme le suppose M. Fustel de Coulanges; mais peut-être aussi est-il de son côté un *homo migrans* qui a abandonné sa terre pour aller s'établir ailleurs; peut-être enfin est-il présent et disposé à céder volontairement sa terre à ce nouveau venu à titre de vente ou de donation. M. Fustel de Coulanges ne songe qu'au premier cas, mais en limitant ainsi notre texte, il le contredit manifestement : par ses termes généraux, la loi salique entend bien embrasser toutes les hypothèses qui peuvent se présenter, tandis que M. Fustel de Coulanges restreint notre disposition à un seul cas.

En outre, notre savant contradicteur ne tient aucun compte d'une partie importante de notre texte. Celui-ci s'attache à prévoir l'hypothèse où tous les habitants de la commune, sauf un, consentiraient à l'établissement du nouveau venu; cela suffit, dit notre loi, pour qu'il soit obligé de renoncer à son projet. Le rédacteur de la loi salique songe-t-il vraiment au cas particulier d'un usurpateur

[1] De XLVII capitulo, De eo qui villam alterius occupaverit. *De hoc capitulo judicaverunt ut nullus villam aut res alteriu migrandi gratia per annuos tenere vel possidere possit; sed in quacumque die invasor illarum rerum interpellatus fuerit, aut easdem res quærentireddat aut eas, si potest, juxta legem se defendendo sibi vindicet.* » *Capitularia,* édit. Borétius, p. 293; éd. Baluze, I, 610.

Digitized by Google

lorsqu'il s'exprime ainsi? N'est-il pas évident qu'en pareille circonstance, ce n'est pas un seul habitant de la commune qui s'opposerait à l'établissement de l'*homo migrans*, mais tous sans exception?

Enfin, après avoir écarté les renseignements que l'on peut tirer de cette partie importante du texte, le savant historien ne parvient pas à expliquer l'intervention des *vicini*. Si la propriété individuelle avait été seule connue, de quel droit les autres habitants auraient-ils pu empêcher l'établissement d'un tiers sur les biens d'un absent? C'est au propriétaire à se protéger lui-même; s'il s'absente, qu'il laisse un mandataire chargé de veiller à ses intérêts; mais jamais aucune loi n'a consacré ce système bizarre qui consisterait à constituer tous les habitants du village gardiens de la propriété d'autrui.

L'intervention de ces habitants ne peut s'expliquer qu'en vertu d'un droit qui leur est propre, et ce droit c'est celui de la propriété communale, dominant la propriété individuelle. Ce n'est pas ici le lieu de reproduire toutes les explications qui ont été données sur le titre *De migrantibus* [1]. A notre avis, ce titre suppose une personne qui veut prendre la place d'une autre dans un bien de la commune. Par ses termes généraux, il embrasse tous les cas qui peuvent se présenter : tantôt il s'agira d'une personne avec laquelle le précédent propriétaire est disposé à traiter, mais d'autres fois aussi il arrivera que l'*homo migrans* est un homme de mauvaise foi, disposé à s'emparer du bien d'autrui. Pour qu'une propriété immobilière puisse se transmettre avec une efficacité complète d'une personne à une autre, il faut d'abord le consentement du maître actuel, ensuite et aussi celui des *vicini*. Le premier point ne saurait soulever aucune difficulté et nous nous bornerons à ajouter que la loi salique protège le propriétaire contre les entreprises injustes, notamment contre les violences

[1] Elles ont été rapportées par M. Fustel de Coulanges dans un mémoire. Voy. cependant en outre Schröder, *Die Franken und ihr Recht*, dans la *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, partie germanique, 1881, II, p. 49 et suiv. — Paul Fournier, *Le dernier livre de M. Fustel de Coulanges*, dans la *Revue des questions historiques*, juillet 1886. — Dareste, dans le *Journal des Savants*, année 1886, p. 599.

Digitized by Google

dont son bien pourrait être l'objet. La peine est de quarante-cinq sous d'or ou même de soixante-deux, suivant les circonstances [1]. Le délit est assez grave pour mériter une répression aussi sévère. Si le propriétaire consent à l'aliénation, alors la loi exige, en outre, pour le transport de la propriété, l'assentiment des *vicini;* il se peut que la terre ait été abandonnée parce que l'ancien propriétaire est lui-même un *homo migrans;* dans ce cas le nouveau venu acquiert la propriété par le seul fait de son occupation, mais il lui faut encore le consentement des *vicini,* exprès ou tacite, et le consentement tacite résulte toujours d'une jouissance paisible prolongée pendant une année. On admettra toutefois sans difficulté que l'établissement dans le village, sans le consentement unanime des habitants, soit un fait moins grave que la mainmise par violence sur le bien d'autrui; aussi ce fait est-il puni d'une amende de trente sous.

Ainsi comprise, et à raison même de la généralité de ses dispositions, la loi salique avait soulevé, dans la pratique, des difficultés qui nous sont révélées par des textes postérieures. Le consentement des habitants du village devait-il être demandé seulement par le nouveau venu, ou l'ancien propriétaire n'était-il pas aussi obligé de l'obtenir avant d'accueillir quelqu'un sur ses terres? Ce cas fut prévu par une disposition ajoutée à la loi salique où il est dit : « Si vero quis alium in villam alienam migrare « rogaverit, antequam conventum fuerit, MDCCC dinariis, qui « faciunt solidos XLV, culpabis judicetur [2]. » M. Pardessus entend ce texte ainsi : L'habitant qui accueillera un étranger avant d'avoir obtenu le consentement de tous, sera passible d'une amende de quarante-cinq sous. Comment expliquer ici l'intervention des *vicini,* si ce n'est par l'idée d'une propriété collective? Ne voit-on pas aussi que le titre *De migrantibus* est vraiment général et s'applique à tous les cas où une personne veut s'établir dans un village, soit du consentement de l'ancien propriétaire, soit à son insu. Mais pour ce second cas, une autre difficulté s'était présentée : lorsqu'un nouveau venu, profitant de l'absence du propriétaire, vient, peut-être même de mauvaise

[1] Loi salique, tit. XXVII et XLII.

[2] *Lex salica emendata,* tit. XLVII, § 3; éd. Pardessus, p. 309.

Digitized by Google

foi, s'établir sur son bien, et que les *vicini* le laissent en pareille jouissance pendant un an, est-il au bout de ce temps devenu véritable propriétaire et l'ancien se trouve-t-il évincé? Ici encore des doutes très sérieux étaient possibles, à cause des termes tout à fait généraux du § 3 de notre titre. La question fut donc soumise à l'assemblée tenue à Aix-la-Chapelle en 819. On y distingua avec soin les deux consentements dont avait besoin celui qui voulait devenir propriétaire d'un bien dans un village, et il fut décidé avec raison que le consentement des *vicini* ne pouvait pas le mettre à l'abri de l'action en revendication du véritable propriétaire. Mais cette interprétation ne contredit-elle pas aussi le système de M. Fustel de Coulanges? Elle prouve, en effet, d'une manière manifeste que quand les habitants du village consentent ou s'opposent à l'établissement d'un tiers dans la communauté, ils agissent toujours en vertu d'un droit qui leur est propre et jamais comme représentans du propriétaire absent.

D'ailleurs si leur opposition avait été faite pour le compte du véritable propriétaire, on ne s'expliquerait pas non plus la modicité de l'amende encourue; la résistance de l'*homo migrans* devrait prendre le même degré de gravité que si elle était dirigée contre le propriétaire.

Toutes ces dispositions se justifient au contraire parfaitement si l'on admet au-dessus de la propriété privée une sorte de collectivisme au profit des habitants du village. On comprend qu'alors leur consentement soit nécessaire pour l'établissement d'un nouveau venu, même si celui-ci a trouvé une personne disposée à lui céder son bien. Il existe en effet, comme nous l'avons vu, des liens sérieux et une véritable responsabilité commune entre tous les *vicini*. Celui qui s'établit dans un village entre dans une sorte de famille élargie et il est fort possible que les rédacteurs de la loi salique aient été eux-mêmes inspirés par cette idée, car ils ont soigneusement rapproché notre titre *De migrantibus* de celui qu'ils consacrent à l'affatomie. La nécessité du consentement des *vicini* est encore plus manifeste s'il s'agit de prendre la place d'un *homo migrans :* les habitants déjà établis peuvent se demander s'il ne vaut pas mieux faire tomber de nouveau parmi les *communia* les biens abandonnés par celui

Digitized by Google

qui a été s'établir ailleurs? N'est-il pas évident aussi qu'en accueillant le nouveau-venu, on lui reconnaît une part dans les biens restés en commun, forêts, pâturages, etc. [1] ? L'intérêt des *vicini* est encore plus manifeste si le nouveau venu demande à prendre, dans les terres restées communes, un lot qu'il veut s'approprier : ces terres échapperont alors à la propriété collective et ne pourront y rester que par l'effet du droit de succession.

Mais ce droit de succession est, lui aussi, à son tour, une preuve manifeste de l'existence d'une propriété commune, au-dessus de la propriété privée. Il est formellement attesté par l'édit de Chilpéric [2]. Cet édit nous apprend qu'à l'avenir les femmes ne seront plus exclues de la terre que par les parents mâles du même degré; mais cette modification au système de succession, consacré par la loi salique, concerne seulement certaines personnes et n'a pas un caractère général. Il s'agit uniquement de ceux *qui vicinos habent*, c'est-à-dire des personnes appartenant à une communauté agraire, une *marca*. Le mot *vicini* est, à la vérité, souvent employé dans les textes de l'époque, comme synonyme de parents, mais il ne saurait avoir ici ce sens et désigne bien certainement les membres de la communauté agraire. Comment veut-on entendre autrement la partie du texte où il est dit : « *et si moritur, frater alter superstitutus fuerit, frater terras accipiat, non vicini.* » Avant l'édit de Chilpéric, à défaut de fils du défunt, la terre retournait aux autres membres de la communauté. Chilpéric modifie cette règle : les filles viendront après les fils, puis les frères, puis les sœurs, mais à défaut de ces parents raprochés, les *vicini*, (c'est-à-dire la communauté agraire), seront appelés à la succession [3]. Com-

[1] « Les choses se sont toujours passées ainsi, dit avec raison M. Dareste, *op.* et *loc. cit.*, et jusqu'au siècle dernier en France; aujourd'hui encore, dans certaines parties de la Suisse, on ne peut être admis dans une commune, comme membre de la commune et participant à la jouissance des communaux, sans un vote de tous les intéressés. »

[2] Chap. 3, Boretius, p. 8.

[3] Pour plus de détails sur l'explication de cet édit de Chilpéric, Voy. ce que j'ai dit dans mon travail intitulé : *Le droit de succession dans les lois barbares*, p. 19.

Digitized by Google

ment expliquer encore ce droit de succession, si ce n'est par l'existence d'une propriété collective au profit de la *marca*?

Enfin il n'est pas non plus exact de dire que le mot *marca* n'est pas employé avant le XIIe siècle pour désigner un ensemble d'habitants exerçant un droit de propriété sur certaines terres. Dès le VIIe siècle on relève de nombreux actes où il est parlé de terres communes, sous le nom de *marca*. On n'a ici que l'embarras du choix et comme de nombreux textes ont déjà été relevés en ce sens par divers auteurs, nous nous bornons à renvoyer sur ce point à leurs explications [1]. E. GLASSON.

LE CAUTIONNEMENT SOLIDAIRE.

SON RÔLE PRATIQUE A CÔTÉ DU CAUTIONNEMENT SIMPLE. — SA NATURE JURIDIQUE. — SES EFFETS.

(*Fin* [2]).

Par M. Marcel Fournier, professeur agrégé à la Faculté de droit de Rennes.

III. — 27 *bis*. Intérêt de la controverse sur la nature du cautionnement solidaire. Comparaison permanente entre les deux systèmes. — 28. Le critérium des divergences doit être cherché dans la différence des liens dans les deux cas. — 29. Conséquences de l'opinion qui voit dans la caution solidaire une caution. — 30. Situation de la caution solidaire vis-à-vis du créancier. — 31. Comment peut agir le créancier. Analogies entre les deux opinions. — 32. Résultats de l'action du créancier. Différence entre les deux opinions. — 33. Le créancier agit d'abord contre la caution solidaire. Les art. 1205, 1206, 1207 ne s'appliquent pas à la caution solidaire. — 34. Le créancier poursuit d'abord le débiteur. — 35. Situation de la caution solidaire vis-à-vis du débiteur.

IV. — 36. Extinction du cautionnement solidaire. Divergence entre les deux systèmes. — 37. La caution solidaire restant une caution sera libérée plus facilement qu'un codébiteur solidaire. Deux applications. Compensation, nullité. — 38. La caution solidaire restant une caution il n'y a pas entre elle et

[1] Ainsi M. Kovalewski, professeur à l'Université de Moscou, en a publié plusieurs dans la *Revue juridique*, mois d'avril 1886. Voy. aussi Dareste, dans le *Journal des Savants*, année 1886, p. 600 et suiv. Cpr. Lörsch et Schröder, *Urkunden zur Geschichte des deutschen Rechts*, Bonn, 1874, n°s 32 et 34. — Cpr. Zeumer, *Formulæ*, p. 387, 388, 402, 403. Ce dernier texte emploie formellement le terme de *Marca communis*.

[2] Voir *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1886, nouvelle série, tome XV, page 695.

Digitized by Google

le débiteur de mandat tacite comme entre deux débiteurs solidaires. Dès lors il pourra arriver qu'un mode d'extinction qui aurait libéré le coobligé s'il s'était produit dans la personne de son coobligé, ne libérera pas le débiteur principal, s'il se produit dans la personne de la caution solidaire. Application; 1285 et 1287. — 39. La caution solidaire peut invoquer certains bénéfices dont elle ne jouirait pas si elle était traitée comme un codébiteur solidaire. — 40. Application, art. 2018. — 41. Application, article 2037.

§ III.

Effets du cautionnement solidaire.

27. Je n'ai pas l'intention de donner ici un traité complet des effets de ce contrat, je crois seulement nécessaire, après l'exposé de la controverse sur la nature du cautionnement solidaire, de dégager l'intérêt pratique de cette controverse et de le dégager à propos des effets du cautionnement solidaire. On se bornera donc à exposer les principaux effets et à montrer par une comparaison permanente les différentes solutions auxquelles on arrive, suivant qu'on adopte l'une ou l'autre des opinions signalées.

28. Le point de départ dans cet exposé des effets du cautionnement solidaire paraît être le suivant : les solutions divergentes qui séparent chacun des systèmes proviennent des caractères différents des obligations. Ces liens n'ont pas les mêmes caractères suivant que la caution solidaire est considérée comme restant une caution ou comme devenant un co-débiteur solidaire.

En effet, si la caution solidaire est un co-débiteur solidaire, les caractères des liens seront ceux-ci : 1° Il y aura plusieurs liens; 2° plusieurs liens indépendants; 3° plusieurs liens indépendants et tous principaux; 4° il existera entre toutes les personnes tenues, tous les co-débiteurs solidaires, un mandat tacite à l'effet de se représenter mutuellement. Ce qu'on nomme en doctrine le mandat *ad perpetuandam vel ad minuendam, sed non ad augendam obligationem.*

Si la caution solidaire reste au contraire une caution, les caractères des liens ne seront plus les mêmes. On trouve bien : 1° plusieurs liens; 2° plusieurs liens indépendants; mais les deux autres caractères ne se retrouvent plus et nous sommes en présence; 3° de deux liens dont l'un est principal et l'autre accessoire;

Digitized by Google

4° de deux liens qui obligent les titulaires, sans qu'il y ait entre eux aucune idée de mandat à l'effet de se représenter.

Les conséquences de ce point de départ et de cette analyse des deux systèmes conduisent à cette conclusion : si les obligations présentent deux caractères semblables, elles diffèrent à deux points de vue. Cette constatation permet d'affirmer que les deux systèmes sur la nature du cautionnement solidaire doivent aboutir à des résultats tantôt analogues, tantôt divers, et c'est ce que les faits vont prouver.

29. Mais pour plus de clarté et pour faire ressortir dès maintenant les conséquences de l'opinion admise, je dirai que la caution solidaire, étant avant tout une caution, il en résulte : 1° que cette caution pourra invoquer toutes les conséquences qui découlent du caractère accessoire de son obligation ; 2° que cette caution pourra bénéficier des avantages qui résultent de la position de caution, bénéfices autres que ceux de discussion et de division, auxquels elle a renoncé ; 3° que cette caution pourra invoquer ou subir toutes les conséquences de ce qu'il n'y a pas entre elle et le débiteur principal ce mandat tacite qui existe entre plusieurs débiteurs solidaires.

Ces principes dégagés, une étude plus détaillée va permettre d'en faire une constante application. Il convient d'étudier les effets de ce contrat par rapport au créancier, puis par rapport au débiteur principal.

§ 1er. *Situation de la caution solidaire à l'égard du créancier.*

30. Cette situation paraît simple à régler. Il semble qu'il suffise d'appliquer à la caution solidaire les règles de la solidarité ou celles du cautionnement, suivant le système qu'on aura adopté. La question n'est cependant pas aussi aisée qu'elle paraît. Aussi il importe de simplifier le problème en recherchant : 1° comment le créancier peut agir ; 2° quels sont les résultats de son action.

31. *Comment le créancier peut-il agir ?* — A cet égard, quelque opinion qu'on adopte, les solutions sont tantôt semblables, tantôt divergentes. On sait la cause de cette diversité : les caractères des liens ne sont pas les mêmes.

Voyons donc quand il y aura analogie dans les solutions et

Digitized by Google

quand il y aura contrariété ; et mettons ainsi en relief les intérêts pratiques de la controverse étudiée précédemment.

1° Il y aura analogie dans les solutions sur le point de savoir qui le créancier Primus pourra poursuivre du débitenr Secundus ou de la caution solidaire Tertius. Il pourra poursuivre l'un ou l'autre à son choix. Pourquoi cette solution? Que Tertius soit considéré comme un codébiteur solidaire ou comme une caution, peu importe, il y a toujours plusieurs liens. Primus peut poursuivre d'abord Tertius considéré comme codébiteur solidaire en vertu des règles élémentaires de la solidarité (1203)[1]. Primus peut aussi poursuivre d'abord Tertius considéré comme caution, puisque Tertius est une caution qui a renoncé au bénéfice de discussion.

2° Il y aura encore analogie dans les solutions sur le point de régler l'influence des modalités sur le droit de poursuite du créancier. A cet égard le principe est celui-ci : les obligations de Tertius et de Secundus sont indépendantes l'une de l'autre. Peu importe donc qu'une modalité vienne modifier l'obligation de Tertius qui s'est engagé comme caution solidaire. Ainsi Primus a prêté 1000 à Secundus, et Tertius s'est engagé comme caution solidaire de Secundus, soit sous condition, soit avec un vice dans son consentement.

Dans ce cas, peu importe que Tertius soit considéré comme codébiteur solitaire ou comme caution. Le résultat sera toujours le même. La dette de Tertius disparaîtra si la condition ne se réalise pas ou bien si son obligation est annulée. Au contraire la dette de Secundus subsistera sans difficulté. Dans les deux cas, que Tertius soit considéré comme codébiteur solidaire ou comme caution, le principe dominant est ici le même : il y a dans les deux systèmes plusieurs liens indépendants.

Cependant, c'est là un point qu'il faut relever avec soin, une différence apparaîtrait entre les deux systèmes signalés, si au lieu de supposer l'obligation de Tertius conditionnelle ou annulable,

[1] Article 1203 : « Le créancier d'une obligation contractée solidairement peut s'adresser à celui des débiteurs qu'il veut choisir, sans que celui-ci puisse lui opposer le bénéfice de division. »

Digitized by Google

on supposait que c'était celle de Secundus, le débiteur principal, qui était ainsi modifiée ou viciée. En effet si l'obligation de Secundus est annulée, ou disparaît, la condition étant défaillie, que devient l'obligation de Tertius?

Dans ce cas, si Tertius, caution solidaire, est considéré comme un codébiteur solidaire, son obligation subsiste malgré la disparition de celle de Secundus, car les caractères des liens sont, on le sait, les suivants : il y a *plusieurs liens indépendants*, et *principaux*.

Dans ce cas, au contraire, si Tertius est regardé comme restant une caution, son obligation disparaît si celle de Sucundus disparaît, car les caractères des liens sont alors les suivants : il y a *plusieurs liens, indépendants, mais dont l'un est principal et l'autre accessoire*. C'est donc le cas de faire application de la théorie de l'accessoire et du fameux adage : *accessorium sequitur principale*. L'obligation accessoire de Tertius ne peut plus subsister quand disparaît l'obligation principale de Secundus[1].

3° Il y aura encore analogie dans les solutions entre les deux opinions sur le point de savoir quand le créancier pourra agir contre Secundus ou Tertius. Il pourra agir immédiatement contre l'un des deux, que Tertius soit considéré comme codébiteur solidaire ou comme caution. Pourquoi cette analogie de résultats? Cela est fort simple. Si Tertius est un codébiteur solidaire, cela résulte de la solidarité qui a créé plusieurs liens indépendants et principaux. Si Tertius est une caution, il semblerait qu'il pût arguer de la théorie de l'accessoire; mais cela lui est refusé, car il a justement renoncé au bénéfice de discussion qui provenait de ce caractère accessoire de son obligation. Cette renonciation a donc placé Tertius caution dans la même condition que Tertius codébiteur solidaire.

[1] Cette solution, qui fait ressortir un intérêt de la controverse, peut encore se justifier autrement. On sait en effet que le cautionnement ne peut être fait *in duriorem causam* (2013). Or le cautionnement serait *durior* si la caution était engagée sous des conditions plus onéreuses que le débiteur, si notamment l'obligation de la caution pouvait subsister alors que celle du débiteur aurait disparu. Cette règle de l'art. 2013 n'est d'ailleurs qu'une application de l'idée que l'accessoire doit suivre le principal.

Digitized by Google

4° Enfin il y aura une dernière analogie dans les solutions des deux opinions sur le point de savoir pour combien le créancier pourra agir contre Tertius. Il pourra agir pour le tout, que Tertius soit considéré comme une caution ou comme un codébiteur solidaire.

En effet dans un cas cette solution découle directement des principes de la solidarité. Dans l'autre, il semblerait que Tertius pût au moins invoquer le bénéfice de division des cautions, qui tient lui-même du caractère accessoire de l'obligation des cautions. Mais ce droit sera refusé à Tertius, parce que Tertius, caution solidaire, a renoncé au bénéfice de division et s'est placé à cet égard sur le même pied qu'un codébiteur solidaire.

J'ai montré les analogies qui existent entre les deux opinions sur la nature du cautionnement solidaire. Reste à en signaler les divergences. En dehors de la différence déjà signalée à propos des modalités affectant l'obligation du débiteur principal Secundus [1], je n'en vois aucune autre. C'est surtout dans le paragraphe suivant qu'elles vont apparaître.

32. II. *Résultats de l'action du créanciers.* — Deux cas peuvent ici se présenter : il importe de les distinguer. Le créancier peut en effet agir d'abord contre Tertius débiteur solidaire ou débiteur accessoire. Il peut agir d'abord contre Secundus débiteur principal.

33. 1° Le créancier Primus agit d'abord contre Tertius caution solidaire.

Ici une différence importante sépare les deux doctrines sur la nature du cautionnement solidaire. Voici les principes qui expliquent la divergence. Si Tertius est considéré comme un codébiteur solidaire, le résultat de l'action du créancier sera réglé entre les débiteurs solidaires par cette idée de mandat déjà signalée, mandat *ad perpetuandam vel ad minuendam, sed non ad augendam obligationem.* Pour ceux, au contraire, qui regardent Tertius comme une caution, il n'est pas possible de faire intervenir cette idée de mandat.

Les conséquences de ces principes sont faciles à relèver et elles ne manquent pas d'intérêt.

[1] Voy. plus haut, p. 43-44.

Digitized by Google

Dans le premier système on appliquera aux codébiteurs solidaires poursuivis, Secundus et Tertius, les articles 1205, 1206, 1207. On décidera donc : 1° que si Tertius codébiteur solidaire fait périr la chose due par sa faute, le principal obligé Secundus restera tenu de payer le prix de la chose due, 1205; 2° que l'interruption de prescription opérée contre Tertius interrompra aussi la prescription à l'égard de Secundus, 1206; 3° que la demande d'intérêts adressée à Tertius fera aussi courir les intérêts à l'égard de Secundus, 1207.

Dans le second système au contraire, que nous avons adopté, on ne pourra pas appliquer les articles 1205, 1206, 1207 puisqu'on ne retrouve pas alors cette idée de mandat qui légitime les solutions de ces textes. On aboutira ainsi à des solutions inverses sur les trois points indiqués. Si Tertius caution solidaire fait périr la chose par sa faute, l'art. 1205 ne s'appliquera plus, et comme Tertius n'a pas mandat pour représenter Secundus, ce dernier sera libéré. De même si le créancier interrompt la prescription à l'égard de Tertius, elle ne sera pas pour cela interrompue à l'égard de Secundus. Enfin, si le créancier fait courir les intérêts contre la caution ; ils ne courront pas pour cela contre le débiteur principal.

Voilà donc entre les deux opinions trois différences nettement tranchées et qui résultent des principes généraux de la solidarité et du cautionnement. Passons à la deuxième hypothèse prévue.

34. 2° Le créancier poursuit d'abord le débiteur Secundus. Dans ce second cas, les solutions précédemment indiquées ne varient pas pour les partisans du premier système. Tertius étant codébiteur solidaire, on appliquera entre lui et Secundus les articles 1205, 1206 et 1207.

Mais, pour ceux qui voient dans Tertius une caution, les solutions changent au contraire si Secundus est poursuivi le premier. On va pouvoir constater ainsi une application intéressante de la théorie de l'accessoire.

La solution n'est pas la même que dans le premier cas, et il est curieux de relever que les règles de la théorie de l'accessoire conduisent à des solutions analogues à celles du premier système. Voici pourquoi.

Digitized by Google

Certes, il ne peut être alors question du mandat qui légitime l'application des art. 1205, 1206, 1207 dans le premier système; mais les principes du droit commun conduisent à des solutions analogues quand Secundus est poursuivi le premier. En effet, si Primus interrompt la prescription contre Secundus, la prescription sera aussi interrompue à l'égard de la caution Tertius. C'est ce que constate formellement l'article 2250 [1]. Si Secundus fait périr la chose par sa faute, la caution ne sera point libérée. C'est ce qui résulte de l'article 2016 [2] et qui découlerait sans texte de cette idée naturelle que la caution répond de tous les cas d'inexécution de l'obligation et des accessoires de cette obligation. Enfin, si le créancier fait courir les intérêts vis-à-vis de Secundus, ils courront également contre Tertius par suite du principe qu'on vient de rappeler.

En définitive, le résultat est celui-ci : tandis que dans le premier cas les solutions des deux opinions sont entièrement divergentes, elles sont au contraire analogues dans le second, mais par suite d'application de principes différents.

§ 2. *Situation de la caution solidaire vis-à-vis du débiteur.*

35. Cette situation est assez simple à régler. Il est donc inutile d'insister sur ce point.

Que l'on considère en effet la caution solidaire comme un codébiteur solidaire ou comme une caution renonçant à certains bénéfices, il est évident que Tertius, caution solidaire, aura dans les deux cas un recours contre Secundus. Dans la première opinion ce recours s'exercera en vertu de l'art. 1216; dans la seconde en vertu de l'art. 2028.

J'ai cependant signalé déjà un intérêt de la controverse quand j'ai examiné l'influence sur l'obligation de Tertius caution solidaire des modalités affectant l'obligation de Secundus. Si on suppose l'obligation de Secundus conditionnelle ou annulable, voici en effet les résultats de la nullité prononcée et de la condi-

[1] 2250 « L'interpellation faite au débiteur principal ou sa reconnaissance, interrompt la prescription contre la caution. »

[2] 2016 « Le cautionnement indéfini d'une obligation s'étend à tous les accessoires de la dette, même aux frais de la première demande et à tous ceux postérieurs à la dénonciation qui en est faite à la caution. »

Digitized by Google

tion défaillie. Si Tertius est un codébiteur il reste tenu; si Tertius est avant tout une caution, il est libéré en même temps que Secundus[1].

Un autre point discuté également, et qui se réfère au rapport de la caution solidaire et du débiteur principal, est visé par l'art. 2032. On se demande si la caution solidaire jouira comme la caution simple du bénéfice accordé par cet article. Pour lui refuser ce bénéfice on s'appuie sur l'art. 2021, qui voit, dit-on, dans la caution solidaire un codébiteur solidaire.

Cette interprétation ne peut plus être admise. J'ai expliqué l'art. 2021. Il veut simplement dire que la caution solidaire ne jouira plus du bénéfice de discussion.

Dès lors, on ne voit plus de motifs pour refuser à la caution solidaire le bénéfice de l'art. 2032. Son lien plus strict que celui de la caution simple semblerait même lui valoir une plus grande faveur vis-à-vis du débiteur qu'elle a ainsi mieux garanti. Mais il est un argument qui surtout paraît décisif. Qu'on regarde la caution solidaire comme un codébiteur solitaire quand il s'agit de régler ses rapports avec le créancier, à la rigueur on peut l'admettre. Mais, quand il s'agit de régler ses rapports avec le débiteur principal, elle reste certainement une caution et jouit par suite du bénéfice de l'art. 2032[2].

IV.

De l'extinction du cautionnement solidaire.

36. La quatrième partie de cette étude est consacrée à suivre le cautionnement solidaire jusqu'à sa disparition soit par suite d'une fin de non recevoir valablement opposée au créancier, soit par suite d'une exception triomphante.

Ici encore, quelque solution qu'on adopte sur la controverse signalée, quelque interprétation que l'on donne au cautionnement solidaire, on arrive à des solutions semblables. Cela tient toujours à cette règle sur laquelle j'ai insisté, que, dans les deux interpré-

[1] Voy. plus haut.

[2] En ce sens Ponsot, n° 276; Laurent, XXVIII, 162.

Digitized by Google

tations, on se trouve en présence d'un contrat qui donne naissance à plusieurs obligations indépendantes, accessoires ou non.

Dès lors, quand le créancier est satisfait, Tertius, débiteur solidaire ou caution, ne doit plus rien au créancier, il est libéré.

Supposons, par exemple, un paiement de la dette effectué par Secundus le débiteur principal, supposons encore une novation opérée par le même Secundus, supposons enfin une remise de la dette concédée au même Secundus. Dans ces trois cas, peu importera la solution prise sur la nature du cautionnement solidaire, le résultat sera toujours le même, Tertius sera libéré.

Mais ici encore l'analyse exacte des caractères des obligations, qui a permis de relever de sérieuses différences entre les solutions opposées, va rendre possible d'en constater de nouvelles.

N'oublions pas, en effet, que si les obligations d'un codébiteur solidaire et d'une caution sont l'une et l'autre indépendantes, elles sont cependant la première principale, la seconde accessoire; l'une dominée par un mandat qui n'existe pas dans l'autre.

Ces différences constatées font naître trois questions :

1° Ne pourra-t-il pas arriver que Tertius caution soit libéré alors que s'il était codébiteur solidaire il ne le serait pas?

2° Ne pourrait-il pas arriver au contraire qu'un mode d'extinction, qui, se produisant dans la personne de la caution, ne libérera pas le débiteur principal, libérera le codébiteur solidaire, s'il se produit dans la personne de son codébiteur solidaire?

3° Ne pourra-t-il pas arriver enfin que, si Tertius, caution solidaire, est une caution vis-à-vis des créanciers, il jouira de certains bénéfices, dont il ne jouirait pas s'il était traité comme un débiteur solidaire?

Sur ces trois questions fort délicates, voici ma réponse : dans l'opinion que j'ai soutenue et d'après laquelle la caution solidaire est une caution et non un codébiteur solidaire, il faut dire :

1° que Tertius caution solidaire, étant une caution, pourra être libéré par des causes d'extinction qui ne libéreraient point un codébiteur solidaire.

2° Que Tertius, caution solidaire, étant une caution, il n'y a pas entre lui et le débiteur principal Secundus de mandat *ad minuendam, sed non ad augendam obligationem.* Par suite, il pourra arriver qu'un mode d'extinction, qui aurait libéré

Digitized by Google

Secundus, s'il s'était produit dans la personne de Tertius codébiteur solidaire, ne libérera pas ce même Secundus.

3° Que Tertius, caution solidaire, étant une caution, pourra invoquer contre le créancier Primus certains bénéfices dont il ne jouirait pas s'il était traité comme un codébiteur solidaire.

37. Reprenons successivement ces trois points pour terminer notre étude.

1° On peut donner deux applications de la première solution formulée : la première à propos de la compensation, la seconde à propos des causes de nullités ou autres exceptions que peut invoquer une caution.

Supposons d'abord qu'une cause de compensation se produise au profit de Secundus débiteur principal vis-à-vis de Primus créancier, Tertius caution solidaire pourrait-il l'invoquer ?

Si Tertius est une caution, aucun doute (1294-1°). Si Tertius est un codébiteur solidaire, il ne pourra pas l'invoquer (1294-3°). Quelle est la situation de la caution solidaire ?

Je laisse de côté les arguments généraux par lesquels j'ai établi qu'il fallait considérer Tertius comme restant une caution, et j'aborde les arguments spéciaux. Or que voyons-nous sur ce point particulier ? Nous voyons que, même en concédant que Tertius dût être traité comme un codébiteur solidaire vis-à-vis du créancier Primus, même en concédant cela, il faut cependant admettre que Tertius pourra invoquer la compensation qui s'est produite du chef de Secundus. De la sorte, pour soutenir que Tertius caution solidaire ne peut pas bénéficier de 1294-1°, il faut admettre que Tertius n'est pas même régi par l'article 1216. Pour établir ce point délicat, je laisse ici la parole à M. Colmet de Santerre qui a très nettement exposé cette question : « Il résulte de cette nature mixte de l'engagement qu'on peut être embarrassé de savoir s'il faut, quant à la compensation, traiter les obligés comme des cautions qui peuvent invoquer la compensation du chef de leur coobligé, débiteur principal, ou comme des codébiteurs solidaires qui n'ont pas ce droit. La solution de cette question doit se trouver dans les articles qui parlent de ces obligés : l'article 1216, qui, par rapport au codébiteur, seul intéressé à la dette, reconnaît à la caution solidaire son caractère propre de caution ; et l'article 2021, qui soumet l'engagement de

Digitized by Google

la caution solidaire aux règles établies pour les dettes solidaires. Ces deux articles paraissent se contredire ; mais le dernier, ne parlant que de l'engagement, et cela dans un chapitre sur l'effet du cautionnement entre le créancier et la caution, ne préjuge rien sur l'effet du cautionnement solidaire par rapport au débiteur principal et laisse, par conséquent, intacte la décision de l'article 1216. Or, si la caution solidaire doit être traitée comme caution par rapport au débiteur, et comme débiteur solidaire par rapport au créancier, il s'agit de savoir, pour résoudre la difficulté qui nous occupe, si la règle de l'article 1294 sur la compensation intéresse le créancier ou le codébiteur. D'après les motifs que nous avons donnés de l'article 1294-3°, c'est l'intérêt du codébiteur solidaire, et non pas celui du créancier, qui a motivé l'interdiction de la compensation ; il ne faut pas qu'un des codébiteurs soit nécessairement condamné à faire l'avance de toute la somme due, tandis qu'il a compté avoir un certain nombre de chances pour que cette avance fût imposée à ses codébiteurs ; il ne faut pas qu'un codébiteur soit engagé malgré lui par son codébiteur dans des procès *désagréables* sur l'existence de sa prétendue créance. Ces raisons sont toutes dans l'intérêt des codébiteurs solidaires, et ce n'est pas l'intérêt du créancier qui est cause de l'interdiction de compenser. Dès lors, puisque la caution solidaire n'est pas, dans les rapports avec son coobligé, un débiteur solidaire, puisqu'elle est une caution, il ne faut pas lui appliquer la règle que l'article 1294 applique aux débiteurs solidaires, mais celle qui, dans cet article, régit la situation des cautions [1]. »

J'ai dit qu'on pouvait trouver une seconde application de notre règle d'après laquelle la caution solidaire est plus facilement libérée que le codébiteur solidaire. En effet, et c'est un point déjà relevé, supposons que l'obligation de Secundus soit conditionnelle et que la condition vienne à défaillir, ou bien qu'elle soit entachée d'une cause de nullité relative tenant à un vice du consentement, par exemple. Dans tous ces cas Tertius, caution solidaire, pourra-t-il se prévaloir des causes de nullité qui frappent l'obligation de Secundus ? oui, si on le considère comme restant une caution et c'est notre opinion. Non, s'il est traité comme un codébiteur.

[1] Colmet de Santerre, *Cours analytique de Code civil*, V, p. 246 *bis*, IV.

Digitized by Google

Une affirmation ne suffit pas pour justifier ma solution et la nouvelle différence que je signale entre les deux doctrines divergentes. Il faut même avouer que les textes semblent au premier abord contraires à la distinction proposée. Quels sont en effet les textes qui régissent la matière? Il y en a deux : l'art. 1208 et l'art. 2036, l'un pour le débiteur solidaire, l'autre pour la caution. Et que disent-ils; ils s'expriment de la même manière :

Art. 1208 : « Le codébiteur solidaire poursuivi par le créancier peut opposer toutes les exceptions qui résultent de la nature de l'obligation, et toutes celles qui lui sont personnelles, ainsi que celles qui sont communes à tous les codébiteurs. Il ne peut opposer les exceptions qui sont purement personnelles à quelques-uns des autres codébiteurs. »

Art. 2036 : « La caution peut opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal, et qui sont inhérentes à la dette; mais elle ne peut opposer les exceptions qui sont purement personnelles au débiteur. »

Concluons. De ces textes il paraît résulter que le codébiteur solidaire ou la caution sont dans la même condition juridique, puisqu'ils ne peuvent ni l'un ni l'autre invoquer les exceptions *purement personnelles*.

Je ne veux point donner ici l'interprétation si délicate des deux art. 1208 et 2036. Tout ce que je veux retenir de ces textes, c'est que les mots : *exceptions purement personnelles* n'ont pas le même sens. On comprend dans les exceptions purement personnelles de l'art. 1208 des exceptions qui ne sont pas comptées parmi les exceptions purement personnelles de l'art. 2036 [1]. Ces exceptions sont justement celles que procure au débiteur principal un vice de consentement. Dès lors la question reste entière. Comment faut-il traiter ici la caution solidaire, faut-il lui appliquer l'art. 1208 ou l'art. 2036?

J'ai dit qu'il fallait régler sa condition d'après l'art. 2036. Cela est aisé à comprendre. Le codébiteur solidaire obligé purement et simplement ne peut invoquer la défaillance de la condition qui a libéré son codébiteur obligé sous condition, parce qu'il s'est engagé *principalement*. La disparition d'une obligation n'empêche pas l'autre de subsister. De même dans le cas de vice du consente-

[1] Voyez sur ce point, Laurent, *Principes de droit civil*, XXVIII, nos 296, 297.

Digitized by Google

ment produisant une cause de nullité au profit d'un codébiteur solidaire.

La caution solidaire est au contraire dans une situation tout autre. Elle reste une caution. Son engagement est *accessoire*. Dès lors, quand disparaît l'obligation principale soit par la défaillance de la condition, soit par l'exercice de l'action en nullité, l'obligation accessoire disparaît aussi, ne peut plus exister, *accessorium sequitur principale*.

38. 2° La caution solidaire étant une caution, il n'y a pas entre elle et le débiteur principal de mandat *ad minuendam, sed non ad augendam obligationem*. Dès lors il pourra arriver qu'un mode d'extinction qui aurait libéré le coobligé s'il s'était produit dans la personne de son coobligé, ne libérera pas le débiteur principal s'il se produit dans la personne de la caution solidaire.

Je citerai de cette règle une application tirée des art. 1285 et 1287.

Supposez que Secundus débiteur ait obtenu du Primus une remise de la dette. Dans ce cas l'art. 1285 décide que si Secundus a un coobligé solidaire, Tertius, il sera libéré. Il en sera de même si c'est Tertius qui obtient la remise, Secundus sera libéré.

Au contraire, supposons que Secundus soit un débiteur principal et Tertius une caution. Dans ce cas Tertius sera bien libéré si Secundus obtient une remise de la dette; car on ne comprendrait pas que l'obligation accessoire existât sans l'obligation principale. Que si la remise de la dette est accordée à Tertius, lui seul en profite et non Secundus, 1287-2°.

Que décider si Tertius est une caution solidaire? Il faut certainement donner la solution indiquée, quand on admet, comme nous, que la caution solidaire reste une caution. Je sais bien que dans l'opinion adverse, qui traite la caution solidaire comme un codébiteur solidaire, on arrive sur ce point à des règles très favorables au débiteur. Mais ces règles s'expliquent par suite de ce mandat tacite *ad minuendam obligationem* que la loi a reconnu exister entre les coobligés solidaires. Ce mandat n'existe pas entre le débiteur principal et la caution. Il n'est pas étonnant qu'on arrive ainsi à des solutions divergentes.

39. 3° J'ai enfin formulé une troisième règle en ces termes : La caution solidaire restant avant tout une caution pourra invoquer contre les créanciers certains bénéfices dont elle ne jouirait

Digitized by Google

pas si elle était traitée comme un débiteur solidaire. Nul n'ignore en effet que le législateur a organisé certains bénéfices pour les cautions. Pour quelques-uns de ces bénéfices il n'y a pas de difficulté. La caution solidaire n'en jouit pas, car elle y a renoncé. Ce sont les bénéfices de discussion et de division.

Mais il y en a d'autres qui résultent des articles 2038 et 2037. Dès lors c'est une question de savoir si les deux bénéfices des articles 2038 et 2037 sont accordés non-seulement à la caution simple, mais encore à la caution solidaire.

40. Voyons d'abord l'hypothèse de l'article 2038. On pourrait peut-être chicaner sur notre classification de cet article dans les bénéfices de la caution. Il crée plutôt une fin de non recevoir qu'un bénéfice. Je ne m'arrête pas à ce point de détail.

Voici donc le cas prévu. Le créancier Primus accepte du débiteur Secundus, qui a fourni une caution Tertius, un immeuble en paiement. Plus tard le créancier est ruiné. L'article décide que dans tous les cas la caution sera déchargée.

Faut-il appliquer cette solution à la caution solidaire? Pour moi sans aucun doute, puisque je considère la caution solidaire comme restant une caution. Qu'a-t-on pu dès lors objecter à cette solution? On a dit que la caution solidaire était un codébiteur solidaire. On a reproduit l'argument tiré de l'article 2021 et on a conclu qu'un codébiteur solidaire ne pouvait invoquer des dispositions de faveur spécialement écrites pour la caution.

Cette argumentation ne tient pas. La caution solidaire, je l'ai démontré, reste et a voulu rester une caution. Il est vrai qu'elle renonce à certains bénéfices, que sa condition juridique est modifiée ; mais a-t-elle renoncé au bénéfice de l'article 2038 ? Rien ne l'indique. Concluons donc qu'elle pourra l'invoquer [1].

41. Passons maintenant à l'hypothèse de l'article 2037. C'est une question célèbre en jurisprudence et souvent discutée en doctrine que celle de savoir si la caution solidaire peut invoquer le bénéfice de l'article 2037. Comme la difficulté est tranchée en jurisprudence et paraît l'être en doctrine dans le sens des principes que j'ai soutenus jusqu'ici, je n'insisterai pas

[1] En ce sens, Cassation, 10 mai 1858, D. 1858. 1. 283. Voy. aussi, Pont, *Petits contrats*, II, 199 et s., Laurent, *Principes de Code civil*, XXVIII, nos 280, 281.

Digitized by Google

sur cette controverse. Je veux seulement indiquer quelques points qui permettent de relever les caractères du contrat que nous étudions [1] et de bien faire ressortir la difficulté.

Donc la caution solidaire pourra-t-elle invoquer sa décharge vis-à-vis du créancier, quand ce dernier ne pourra plus par son fait la subroger dans les droits, privilèges et hypothèques qui garantissaient la créance ?

La question ainsi posée ne ferait aucun doute et le bénéfice de l'art. 2037 appartiendrait certainement à la caution solidaire, si on reconnaissait, avec certains auteurs, que les codébiteurs solidaires peuvent aussi l'invoquer. On ne peut ici discuter cette question. C'est là cependant une première source de difficultés. Mais on admet généralement que l'art. 2037 consacre une faveur exceptionnelle qui ne saurait s'étendre d'un cas à un autre, par suite qu'il ne peut s'appliquer qu'à une caution.

Il semblerait dès lors que la caution solidaire restant une caution devrait jouir sans conteste du bénéfice de l'art. 2037. Il n'en est rien cependant et voici une nouvelle source de difficultés.

Certains auteurs, en effet, ont prétendu que, même en considérant la caution solidaire comme une caution, on devait admettre qu'elle ne pouvait bénéficier de l'art. 2037. On a beaucoup écrit sur ce point, on a taxé les magistrats d'ignorance, on a reproché à la jurisprudence de ne point saisir l'esprit de la loi et de ne s'attacher qu'à une interprétation judaïque du texte [2]. Laissons de côté toute exagération et allons au fond des choses. Voici l'argument qu'on a produit.

Le bénéfice de l'art. 2037 est fondé sur le bénéfice de discussion, il en découle, il en est la conséquence. Or la caution solidaire a renoncé, de notre aveu, au bénéfice de discussion, donc la caution solidaire ne peut bénéficier de l'art. 2037.

Je ne veux pas rechercher ici quel est au juste le fondement de l'art. 2037. Je dirai seulement que pour moi il doit être cherché tant dans une convention intervenue entre le créancier et la caution que dans une idée de faveur et d'équité pour la caution qui rend un service important au créancier. Ce qu'il faut seule-

[1] Pour plus de détails sur la question Voyez : article de M. Mourlon, *Revue Critique*, 1853, t. III, p. 590; Laurent, *loc. cit.*, XXVIII, nos 302-321; Pont, *Petits contrats, Du cautionnement.*

[2] Troplong, *Du cautionnement*, no 558.

Digitized by Google

ment démontrer ici, c'est que le bénéfice de discussion n'est pas la cause de l'art. 2037. Ce point démontré, notre proposition restera vraie; c'est-à-dire la caution solidaire pourra invoquer l'art. 2037.

L'opinion adverse me semble formellement contraire aux précédents historiques, infirmée par les différences qu'on relève facilement entre le benéfice de discussion et celui de cession d'actions, condamnée même par un texte du Code civil.

La tradition historique proteste contre cette doctrine. En effet c'est en vain qu'on chercherait dans le droit romain une preuve de la corrélation de ces deux bénéfices. Or ces deux faveurs viennent du droit romain. Le *mandator pecuniæ credendæ* jouissait, par opposition au *fidejussor*[1], de *l'exceptio cedendarum actionum*, tandis qu'il n'avait point le bénéfice de discussion. C'est Justinien qui a le premier introduit le bénéfice de discussion au profit tant du *mandator* que du *fidejussor*. Donc, comment admettre que le bénéfice créé le dernier ait pu être la cause de celui qui a paru le premier? De plus, Justinien ne dit même nulle part que *l'exceptio cedendarum actionum* du *mandator* trouvera désormais sa justification logique dans le bénéfice de discussion, ni que le bénéfice de discussion entraînera désormais *l'exceptio cedendarum actionum* pour le fidéjusseur.

Une comparaison rapide entre les deux bénéfices suffit pour admettre que ces deux faveurs ne peuvent être dépendantes l'une de l'autre. Le bénéfice de discussion est simplement dilatoire et n'exclut pas entièrement l'action du créancier contre la caution. Au contraire le bénéfice de cession d'actions est péremptoire. Dès que l'exception dè l'art. 2037 sera admise, elle entraînera la décharge entière de la caution. En outre le bénéfice de discussion n'appartient pas à toutes les cautions. La caution judiciaire n'en jouit pas (2042). Il n'est donc pas de l'essence du cautionnement. Le bénéfice de l'art. 2037 est au contraire de l'essence du contrat de cautionnement. Toute caution qui s'oblige comme telle, en même temps qu'elle s'interdit tout ce qui pourrait compromettre les garanties de l'obligation qu'elle a cautionnée, entend que le créancier de son côté s'interdira tout ce qui pourrait

[1] J'entends que le créancier n'était pas tenu de conserver les actions pour les céder au fidéjusseur. Mais il pouvait les lui céder si celui-ci le voulait et dans l'état où elles étaient lors de la *procuratio*. Au contraire, vis-à-vis du *mandator*, il fallait les conserver. Voy. L. 95, § 11, XLVI, 3, D.

Digitized by Google

l'empêcher d'être indemnisée du cautionnement qu'elle a fourni.

Enfin j'ai dit qu'il y avait aussi un texte qui paraissait condamner l'opinion adverse, c'est l'art. 2023-2°. Si le bénéfice de discussion était le fondement de la décharge établie au profit de la caution par l'art. 2037, il faudrait logiquement refuser à la caution l'avantage de cette décharge dans plusieurs hypothèses, alors que cependant cette décharge ne lui est pas refusée. Ainsi : 1° il faudrait refuser sa décharge à la caution quand le créancier aurait renoncé à des sûretés constituées sur des biens litigieux ou aliénés par le débiteur et possédés par des tiers détenteurs. Pourquoi? par ce que dans ces deux cas les biens ne peuvent plus faire l'objet d'une réquisition de discussion, aux termes de l'art. 2023-2°. Or il est certain néanmoins que le créancier tombera sous l'application de l'art. 2037-2°. De même on devrait refuser sa décharge à la caution si le créancier avait renoncé à des hypothèques établies sur des immeubles situés hors du ressort de la Cour d'appel du lieu où le paiement doit être fait. Pourquoi? toujours pour le même motif, parce que, dans ce cas il n'y a pas possibilité de discussion. Néanmoins il est certain que dans ce cas, comme dans le premier, l'art. 2037 s'appliquera. C'est donc que le bénéfice de cession d'action n'est pas une conséquence du bénéfice de discussion[1]. MARCEL FOURNIER.

BIBLIOGRAPHIE.

TRAITÉ DE LA JURIDICTION ADMINISTRATIVE ET DES RECOURS CONTENTIEUX[2],

Par M. E. LAFERRIÈRE, vice-président du Conseil d'Etat,
Compte rendu par M. Léon AUCOC, membre de l'Institut, ancien président de section au Conseil d'Etat.

Ce livre a été composé avec les matériaux d'un cours de droit administratif approfondi, destiné aux aspirants au doctorat, que M. Laferrière a fait en 1883 à la Faculté de droit de Paris. Cette simple indication suffit pour montrer en quoi il diffère des traités et des cours de droit administratif qui, embrassant plus ou moins l'ensemble de la législation administrative, traitent nécessairement de la juridiction administrative et des recours

[1] La jurisprudence est fixée dans ce sens. Voyez arrêts : Lyon, 20 août 1859, D. 1859, 2, p. 106; Montpellier, 23 août 1870, D. 1873, I, 38; Cassation 19 novembre 1872, D. 1873, I, 38.

[2] 1 vol. gr. in-8, tome Ier, seul paru.

Digitized by Google

contentieux. Ici le sujet est plus limité, le point de vue est exclusif ; mais la matière est développée dans des conditions nouvelles. Un pareil livre ne remplace pas les autres ; il s'y ajoute pour mieux éclairer une partie spéciale du droit administratif.

On ne pourrait guère le comparer, pour prendre les livres modernes et sans remonter jusqu'aux *Tribunaux administratifs* de M. Macarel et au *Droit administratif* de M. de Cormenin, qu'au remarquable livre publié en 1862 par notre savant confrère M. R. Dareste sur *la justice administrative en France*, où des notions historiques, peu connues à cette époque, précèdent un résumé des principes du droit administratif habilement enfermé dans les divisions du droit civil, ou bien au traité si justement estimé de M. Serrigny sur *l'organisation, la compétence et la procédure en matière contentieuse administrative* (2e édition, 1865), qui, à l'inverse du livre de M. Dareste, discute longuement la jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation en étudiant la compétence de chacune des juridictions administratives.

M. Laferrière, reprenant le sujet dans ce cadre, après une période nouvelle de jurisprudence à laquelle il a pris une part active, apporte, avec le résultat de ses recherches et de son expérience, des éléments nouveaux pour la forme et pour le fond.

L'ouvrage est divisé en deux parties, la première consacrée à l'organisation de la juridiction administrative, et la seconde qui traite du domaine de la juridiction administrative envisagé successivement dans ses rapports avec l'autorité judiciaire, dans ses rapports avec l'autorité gouvernementale, dans ses rapports avec l'autorité administrative.

Nous n'avons encore aujourd'hui que le premier volume ; mais nous pouvons déjà apprécier toute la valeur de ce nouveau livre.

L'organisation de la juridiction administrative est largement traitée. Répondant à un besoin impérieux des esprits cultivés de notre temps, M. Laferrière étudie non seulement l'histoire de la juridiction administrative en France avant et depuis 1789, mais aussi la législation étrangère dont les fluctuations sur cette question spéciale ont un intérêt particulier.

Il montre que des esprits superficiels ont seuls pu croire et dire que la juridiction administrative était une institution exclu-

Digitized by Google

UNIV. OF MICH. LAW LIBRARY

sivement propre à la France et repoussée par toutes les nations dont la législation est inspirée par les principes libéraux. Il montre que plusieurs pays ont toujours maintenu la juridiction administrative, que si, dans plusieurs autres, elle a été supprimée, cette suppression a profité beaucoup plus à l'administration qu'aux citoyens en l'affranchissant d'un contrôle qui donnait des garanties contre ses excès de zèle et que souvent le législateur est revenu sur ses pas, qu'enfin le système adopté en Angleterre et aux Etats-Unis est tout spécial et qu'en Angleterre même il est en voie de se transformer.

L'histoire de la juridiction administrative n'est pas traitée avec moins de soin. Les vicissitudes de l'organisation et des attributions de la juridiction administrative sous l'ancien régime, pendant la période révolutionnaire et sous chacun des gouvernements qui se sont succédé depuis l'an VIII, sont présentées avec des développements très instructifs.

Nous sera-t-il permis de dire que nous aurions souhaité quelques détails de plus sur la juridiction administrative exercée par le Conseil d'Etat avant 1789 ? Il y a tant d'erreurs en circulation sur ce point et ces erreurs sont si persistantes qu'il est nécessaire de développer et de préciser les notions exactes.

Que de fois nous avons vu faire des confusions entre le Grand Conseil des XVIe, XVIIe et XVIIIe siècles et le Conseil du roi? Que de fois nous avons lu, jusque dans des ouvrages publiés tout récemment, que le Conseil des parties jouait à la fois le rôle actuel de la Cour de cassation et celui du Conseil d'Etat statuant au contentieux ? N'y a-t-il pas un *Traité de la voirie urbaine*, plein d'ailleurs de recherches instructives, qui fait une critique violente de la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière d'alignement, et qui reproche au Conseil d'avoir excédé ses pouvoirs et méconnu le sens de la législation d'avant 1789, encore applicable aujourd'hui, lorsqu'il a tranché par la voie contentieuse des questions réservées sous l'ancien régime au Conseil des finances qui, suivant l'auteur, n'était qu'un Conseil de gouvernement et d'administration ?

N'a-t-on pas, dans une Revue savante, critiqué le titre de notre livre sur le *Conseil d'Etat avant et depuis 1789*, en nous disant qu'il n'y avait aucun lien, aucune analogie entre l'insti-

Digitized by Google

tution de l'ancien régime et celle d'aujourd'hui, alors que nous fournissions tant de preuves de leur ressemblance ?

Il va de soi que M. Laferrière relève, comme nous, ces confusions et ces erreurs. Mais nous aurions voulu le voir faire quelques emprunts aux travaux récemment publiés sur le Conseil d'Etat depuis le XIIIe siècle jusqu'au XVIIIe siècle par MM. Noël Valois, Arthur de Boislile et de Luçay [1], sauf à rectifier encore, dans l'une ou l'autre de ces études, quelques inexactitudes d'appréciation que les jurisconsultes spéciaux trouvent presque toujours lorsqu'ils regardent de près les travaux des historiens.

Il montre bien que le Conseil des dépêches et le Conseil des finances, ainsi que plusieurs bureaux permanents rattachés à ce dernier Conseil, statuaient sur le contentieux administratif des différentes branches des services publics. Mais il n'a pas insisté sur la constitution de ces commissions spéciales, mentionnées dans l'almanach royal pendant tout le cours du XVIIIe siècle et dont les papiers sont déposés aux archives nationales, commissions plus ou moins permanentes, composées de conseillers d'Etat et de maîtres des requêtes, assistés d'un ministère public, et qui formaient tantôt des juridictions souveraines, tantôt des tribunaux de premier ressort chargés de statuer sur le contentieux des postes et messageries, sur les contestations relatives à la fourniture des vivres aux armées de terre et de mer, de vérifier la légitimité des droits de péage sur les ponts, chemins et cours d'eau, ou des droits exercés sur les ports, les rivages de la mer et les fleuves qui y ont leur embouchure et bien d'autres questions du même genre. Il aurait pu montrer là, avant les réformes faites sous Louis XVI, l'origine du Conseil d'Etat statuant au contentieux.

Sauf cette lacune, nous n'avons qu'à louer l'exposé historique des modifications qui se sont produites avant et depuis 1789 dans

[1] Noël Valois, *Étude historique sur les conseils du roi jusqu'au XVIIe siècle* (introduction à l'inventaire des arrêts du Conseil d'État sous le règne d'Henri IV). — Arthur de Boislile, *Les conseils du roi sous Louis XIV* (appendice des tomes IV et V des *Mémoires de Saint-Simon*). On doit aussi à M. de Boislile une excellente notice sur la Chambre des comptes de Paris. — De Luçay, *Les secrétaires d'État depuis leur institution jusqu'à la mort de Louis XV.*

Digitized by Google

la constitution et les pouvoirs de la juridiction administrative, et des controverses auxquelles la législation sur cette matière a donné lieu, exposé terminé par des tableaux statistiques qui font ressortir l'importance croissante du rôle de cette juridiction.

Dans l'étude consacrée par M. Laferrière à l'organisation actuelle des différentes juridictions administratives, étude qui prêtait moins que les deux précédentes à des développements nouveaux, et dont il serait superflu de signaler l'exactitude, nous ne relèverons qu'une controverse importante sur la question de la juridiction des ministres.

On sait que la question est très controversée. Nous avons, pour notre part, contesté l'opinion généralement admise à l'époque où nous avons inauguré notre enseignement à l'Ecole des ponts-et-chaussées. Nous avons soutenu que le nombre des cas dans lesquels les ministres sont juges était bien plus restreint qu'on ne le disait en se laissant abuser par les apparences, qu'on avait tort de prendre pour des jugements des actes de gestion accomplis par les ministres, sous le prétexte qu'ils devenaient irréformables, lorsqu'ils n'avaient pas été attaqués, dans le délai de trois mois devant le Conseil d'Etat ; qu'il fallait réserver ce caractère aux décisions prises sur des litiges entre parties ou sur des recours formés, par des motifs de droit, contre les décisions des agents administratifs subordonnés aux ministres. Nous avons accepté en outre cette doctrine, si bien mise en lumière par M. Boulatignier dans son rapport de 1851 sur le projet de loi relatif aux conseils de préfecture, qui voit dans les ministres les juges ordinaires, auxquels on doit s'adresser lorsqu'aucun juge n'est désigné par la loi.

M. Laferrière, qui, sur beaucoup d'autres points, veut bien constater son accord avec nous, estime que les anciennes traditions doivent être condamnées d'une manière radicale et que nous n'avons pas été assez loin. Il soutient que les ministres ne sont jamais juges, sauf dans les cas où ces pouvoirs leur sont expressément attribués par des dispositions de lois, que les décisions prises par eux sur des recours dirigés contre les actes des agents inférieurs sont des actes rentrant dans l'exercice des pouvoirs d'un supérieur hiérarchique et que le seul juge de droit commun, dans les questions où la loi n'a pas dési-

Digitized by Google

gné de juge, c'est le Conseil d'État statuant au contentieux.

Cette doctrine déjà soutenue, en 1863, par M. Bouchené-Lefer, ancien conseiller d'État, dans la *Revue pratique de droit français*, puis reprise en 1870 par M. Quentin-Bauchart, ancien président de la section du contentieux au Conseil d'État, dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, et sur laquelle M. Brémond, professeur à la faculté de droit de Montpellier, est revenu en 1886, dans cette même Revue, paraît consacrée par trois arrêts récents du Conseil d'État, 24 juin 1881 (*Bougard*), — 28 avril 1882 (*ville de Cannes*), — 4 décembre 1885 (*Lefévez*). Ces deux derniers refusent formellement d'admettre la compétence du ministre par le motif qu'elle n'est écrite dans aucun texte de loi.

Est-elle exacte? Est-elle utile?

Le seul point vraiment intéressant du débat est celui qui qui touche à la désignation du juge ordinaire. C'est sur ce point seulement que l'opinion de M. Laferrière a une portée différente de celle que nous avons soutenue depuis 1865.

Les textes sont peu explicites; c'est par des raisons d'utilité qu'on se décide pour ou contre. Les partisans de la nouvelle doctrine voient un grand avantage à simplifier la jurisprudence, à supprimer la juridiction ministérielle qui présente peu de garanties, à permettre un jugement plus rapide.

Nous ne pouvons pas dissimuler que la théorie nouvelle nous paraît présenter de graves inconvénients. Quand nous avons cherché, dans nos *Conférences à l'Ecole des ponts-et-chaussées*, à corriger l'ancienne doctrine, nous ne faisions que rectifier une théorie, nous ne changions rien à la pratique, nous n'établissions aucun obstacle aux réclamations des intéressés. Assurément notre rectification n'était pas inutile; ce n'était pas un simple débat sur les mots. Elle avait l'utilité de faire tomber un des arguments qu'on emploie souvent contre la juridiction administrative, en alléguant que l'administration est juge et partie. Nous montrions que, dans beaucoup de cas, le ministre était simplement une partie et que le juge était le Conseil d'État, qui présente les garanties d'un tribunal organisé. En outre, elle empêchait de fausses démarches, des pourvois sans intérêt, des oppositions sans valeur.

Digitized by Google

Mais la doctrine nouvelle aurait pour résultat de changer considérablement la situation des parties dans tous les cas où il n'y a pas de juge désigné par la loi. Jusqu'ici, en vertu de la tradition constante, elles devaient s'adresser au ministre et elles n'avaient à craindre aucune déchéance, aucun délai n'étant fixé pour l'introduction des demandes devant les ministres. Le délai de trois mois à partir de la notification de l'acte contesté n'est fixé en effet que pour les recours contre les décisions attaquées devant le Conseil d'État. Elles n'étaient pas non plus obligées d'emprunter l'intermédiaire d'un avocat au Conseil pour présenter leur réclamation. Elles n'avaient à supporter que les frais du papier timbré. Si au contraire, il est établi en règle que le Conseil d'État est seul juge de droit commun, le ministère des avocats au Conseil devient obligatoire, sauf dans les cas d'excès de pouvoirs; toutes les décisions des préfets, des maires, des autres autorités administratives, qui n'auront pas été attaquées devant le Conseil d'État dans le délai de trois mois, deviennent irréformables, et si les parties, désireuses de s'épargner les frais d'un recours devant le Conseil d'État, ont été d'abord devant le ministre pour obtenir la réformation de l'acte qui leur fait grief, c'est en vain qu'après le rejet de leur réclamation par le ministre, elles voudront former un pourvoi devant le Conseil; le délai de trois mois étant toujours expiré, leur pourvoi ne sera plus recevable.

Cette conséquence de la nouvelle doctrine n'est pas une hypothèse de notre part. Un arrêt du Conseil d'Etat du 13 avril 1881 (*Bausais*) a rejeté comme tardif un recours formé devant le Conseil contre une décision du ministre de l'intérieur qui confirmait un arrêté de préfet refusant d'annuler l'arrêté d'un maire, par le motif que, au moment où l'arrêté du maire avait été attaqué devant le préfet, il y avait plus de trois mois que cet acte était exécuté par l'adversaire du réclamant. A plus forte raison cette fin de non recevoir serait-elle opposée dans la théorie nouvelle. Le recours devant le Conseil d'Etat, avec son délai limité et ses frais, deviendrait obligatoire et exclurait le recours administratif devant le ministre. A notre sens, il est de la plus haute gravité de créer ainsi, par la jurisprudence seule, des déchéances qui font disparaître si rapidement les droits des parties, et des frais de justice.

Digitized by Google

Du reste, M. Laferrière ne paraît pas vouloir poussser jusqu'au bout les conséquences de la théorie nouvelle. Pour ne pas contredire complétement l'ancienne jurisprudence, il admet comme résultant de textes exprès, la juridiction ministérielle en matière d'élections pour les chambres de commerce, les chambres consultatives d'agriculture, les conseils de fabrique, les représentants des associations syndicales autorisées, que le Conseil d'Etat avait admise dans le silence des textes, en vertu de la règle générale sur le juge ordinaire.

Peut-être nous sommes-nous laissé entraîner à de trop larges développements sur ce point. C'est le bienveillant appel de M. Laferrière qui nous y a conduit; c'est aussi l'obligation où nous étions de motiver un dissentiment grave avec lui au sujet d'une difficulté délicate [1].

Nous dépasserions les bornes assignées à cet article si nous analysions avec la même étendue la dernière partie du volume consacrée aux limites de la compétence administrative à l'égard de l'autorité judiciaire. Règles générales sur la séparation des compétences administrative et judiciaire, — compétence sur les questions d'état et de droit civil, — sur les questions de propriété en général et quelques propriétés spéciales, — sur les questions de contrats, — compétence en matière criminelle et correctionnelle, — sur les poursuites dirigées contre les fonctionnaires, — sur les actions en responsabilité dirigées contre l'Etat, les départements et les communes à raison des fautes de leurs agents, voilà la table des grandes divisions de cette partie du livre. Elle montre l'importance des questions soulevées, elle montre à elle seule combien l'auteur est maître de son sujet. C'est avec le plus grand profit qu'on le suivra dans ses appréciations si nettes, si sobres et généralement si justes de la doctrine et de la jurisprudence du Conseil d'Etat, de la Cour de cassation et du Tribunal des conflits. Nous y reviendrons quand M. Laferrière nous aura donné le second volume de son livre.

LÉON AUCOC.

[1] Nous demandons la permission de nous référer sur ce point à nos *Conférences sur le droit administratif* (3e édition, tome Ier, p. 605 et s.) et à un article inséré dans la *Gazette des tribunaux* du 24 décembre 1886.

L'Editeur-Gérant : F. PICHON.

Paris. — Impr. F. PICHON, 30, rue de l'Arbalète, & 24, rue Soufflot.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

JURISPRUDENCE EN MATIÈRE D'ENREGISTREMENT

par M. Ch. Testoud, professeur à la Faculté de Droit de Grenoble.

Forêts. — Droits de mutation (Cass. Req., 7 juillet 1885. J. d. P. 1886, p. 924).

La lutte que beaucoup de contribuables soutiennent contre le trésor continue à donner lieu aux argumentations les plus ingénieuses. On ne cesse d'entasser systèmes sur systèmes pour échapper à l'impôt, et la Cour de cassation ne se lasse pas de son côté de renverser ces édifices qui, souvent, manquent de solidité et même de vraisemblance.

Le procès jugé par l'arrêt du 7 juillet 1885 nous en offre un exemple intéressant. L'art. 226 du Code forestier porte qne les semis et plantations de bois sur le sommet et le penchant des montagnes, sur les dunes et dans les landes, seront exempts de tout impôt pendant trente ans. Les redevables, s'inspirant de ce texte, prétendaient que l'exemption prononcée par cet article avait un caractère de généralité absolue; que les mots « tout impôt » s'appliquaient naturellement, et conformément au sens ordinaire des mots, à tous les impôts tant indirects que directs : que par conséquent les immeubles de l'espèce prévue n'étaient pas passibles sur leur valeur du droit proportionnel de mutation par décès. La même théorie aurait pu être soutenue, avec les mêmes arguments et les mêmes chances de succès, à propos des droits de mutation entre vifs, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux.

Elle n'a pas triomphé devant la Cour de cassation, qui a déclaré les droits de mutation par décès exigibles. Sans doute, il ne faut pas distinguer dans l'application de la loi, lorsque la loi elle-même ne distingue pas dans son texte. Mais il ne faut pas non plus aller trop loin dans cette voie et négliger les intentions du législateur, telles que nous les font connaître les discussions préparatoires. Ces intentions sont utiles à consulter, soit qu'il s'a-

Digitized by Google

gisse d'étendre la perception d'un impôt, soit qu'il s'agisse de la restreindre.

Or le sens et la portée de l'art. 226 du Code forestier ne sont pas douteux, lorsqu'on relit la discussion qui s'engagea à la Chambre des députés, le 4 avril 1827, discussion qu'a résumée avec beaucoup de précision M. le conseiller Voisin, dans son rapport à la Cour de cassation. L'immunité que l'on voulait établir, c'était l'immunité de l'impôt foncier. La pensée des rédacteurs de l'article n'allait pas au-delà.

Voici les circonstances relevées par M. Voisin et qui concourent à éclaircir le sens des mots « tout impôt ».

1° L'art. 226 est le produit d'un amendement présenté à la Chambre des députés par M. Chevalier-Lemare. Cet amendement était d'une clarté parfaite. Il visait la contribution foncière. Un autre amendement fut présenté dans le même sens et adopté. C'est dans la rédaction de ce second amendement, devenu le texte de la loi, que se trouvaient les mots « tout impôt ». Le second amendement avait le même sens que le premier et il n'avait pas pour but, comme on pourrait le croire, au premier abord, l'extension de la franchise de la contribution foncière aux autres contributions directes on indirectes. Ce qui le démontre, d'après M. Voisin, c'est que la seconde rédaction fut défendue à la tribune par M. Chevalier-Lemare lui-même, qui renonça à la sienne. Les deux textes avaient donc la même portée. Peut-être pourrait-on dire que M. Chevalier-Lemare ne s'est rallié au second texte que parce qu'il assurait aux propriétés reboisées des immunités plus larges. A cela il serait facile de répondre que le second texte a été préféré, parce qu'il était plus simple, plus court et aussi plus juridique, en ce qu'il accordait le bénéfice du dégrèvement non pas aux propriétaires, mais aux propriétés. Et là encore nous trouverons une preuve nouvelle de la limitation de l'immunité à l'impôt foncier. Le dégrèvement des propriétaires pouvait s'entendre de toutes les charges fiscales pesant sur eux à l'occasion de leurs propriétés. Le dégrèvement des propriétés ne se conçoit qu'à propos des impôts qui s'appliquent immédiatement à elles.

2° Les objections qui furent dirigées contre l'amendement Chevalier-Lemare, et malgré lesquelles cet amendement fut

Digitized by Google

adopté, en précisent davantage encore la portée. Ces objections sont de deux sortes :

On prétendit d'abord que la disposition proposée était inutile et faisait double emploi avec l'art. 113 de la loi du 3 frimaire an VII. Ce texte est ainsi conçu : « Les contributions des terres en friche depuis dix ans qui seront plantées et semées en bois ne pourront pas être augmentées pendant les trente premières années de semis ou de plantation. » Cette orientation du débat prouve surabondamment que, dans l'esprit de tous les membres de la Chambre des députés, l'immunité sollicitée avait trait à l'impôt foncier et non aux autres impôts. La réponse qui fut faite à l'objection ne fait que fortifier la démonstration. M. Chevalier-Lemare répond que l'art. 113 de la loi du 3 frimaire an VII est moins large, moins compréhensif que son amendement. Mais en quoi? Ce n'est pas en ce qu'il ne concerne que l'impôt foncier, tandis que la proposition s'étendrait à toutes les contributions grevant soit le sol en particulier, soit les biens, le patrimoine en général. « C'est, dit M. Chevalier-Lemare, cité par M. le conseiller Voisin, dans son rapport, c'est qu'il y a une très grande différence entre la disposition de l'article proposé et celle de l'amendement : nous demandons par l'amendement l'affranchissement de toute contribution. » Ce n'était pas, en résumé, un simple maintien de l'impôt foncier à l'état stationnaire; c'était sa suppression que l'on demandait.

On a en second lieu, à la Chambre des pairs, critiqué la proposition Chevalier-Lemare à un autre point de vue mais à un point de vue qui, lui aussi, suppose qu'il ne s'agissait que de l'impôt foncier et qu'on ne songeait qu'à lui. On fit remarquer qu'étant donnée la nature de cet impôt, qui est un impôt de répartition, il faudrait faire supporter le contingent des propriétés dégrevées aux autres propriétés non pas du département, de l'arrondissement, ou de la commune, mais à la généralité des propriétés; qu'il y aurait lieu par conséquent de procéder à une répartition nouvelle entre les départements. Ce dernier incident de la discussion est certainement le plus décisif de tous.

On a objecté, devant la Cour de cassation, que la taxe de mainmorte de la loi du 20 février 1849 ne frappait pas les im-

Digitized by Google

meubles affranchis de l'impôt foncier par l'art. 226 Code forestier. (Conseil d'Etat, 28 mai 1867, Lebon, 1867, page 520). Or la taxe de mainmorte est représentative des droits de mutation qui ne se perçoivent presque jamais sur les biens des personnes morales, lesquelles acquièrent souvent, aliènent rarement et ne transmettent jamais par succession. — Le Conseil d'État aurait ainsi reconnu que l'immunité de l'art. 226 s'étendait aux droits d'enregistrement.

Ce n'est là qu'un argument d'autorité jurisprudentielle ; mais, tel qu'il est, il n'est pas péremptoire. La solution de la question posée au conseil d'état ne préjuge pas la solution de la nôtre. La raison de l'arrêt de 1867 est bien simple : ce n'est pas que l'art. 226 du Code forestier soit relatif à tous les impôts; c'est que la taxe de mainmorte est traitée par la loi de 1849 comme une annexe de l'impôt foncier. Si elle est annexée comme accessoire à l'impôt foncier, elle doit suivre sa destinée et disparaître, dans les cas où l'impôt foncier n'est pas dû.

Cette réfutation est certainement exacte. On ne peut se dissimuler toutefois qu'il résulte de la jurisprudence de 1867 une inégalité entre les personnes de mainmorte et les autres personnes. Ces dernières sont obligées de subir les droits de mutation. Les premières, par suite du mécanisme de la loi du 20 février 1849, sont affranchies de la taxe destinée à les remplacer.

Chambre de commerce. — Marché de travaux. — Établissement public. — (Req. 28 octobre 1885).

Les chambres de commerce prennent assez souvent l'initiative de travaux d'utilité publique, intéressant leur région. Elles ont un véritable budget, et des impôts se perçoivent à leur profit. Parfois même l'État emprunte sous leur nom. Elles ont l'administration des Bourses de commerce et gèrent certains établissements créés pour les besoins des commerçants, tels que des entrepôts, des bureaux pour le conditionnement des soies et des aines. Leur rôle devient chaque jour plus important, et le législateur, s'il adopte les propositions qui lui sont soumises, donnera une autorité plus grande encore à cette institution. Il est donc indispensable de déterminer leur caractère. Sont-elles des établissements publics ou des établisssements d'utilité publique ?

Digitized by Google

La Cour de cassation décide, par l'arrêt du 28 octobre 1885, que les chambres de commerce sont des établissements publics, et elle le décide au sujet d'une question d'enregistrement. Il s'agissait, dans l'espèce, de savoir si les marchés de travaux des chambres de commerce étaient passibles, lors de leur enregistrement, du droit de 1 0/0 (51 § 3, Loi du 28 avril 1816), ou si au contraire ces marchés pouvaient bénéficier de la faveur accordée par l'art. 22 de la loi du 11 juin 1859 aux marchés et traités réputés actes de commerce, de ne subir à la place du droit proportionnel qu'un droit fixe de 2 fr. Il paraît certain que l'article 13 ne concerne que les marchés des particuliers commerçants, visés dans l'art. 69 § 3 n° 1 et § 5 n° 1 de la loi du 22 frimaire an VII. La Cour le reconnaît dans le considérant final de sa décision. Par suite les marchés des établissements publics et spécialement des chambres de commerce ont été considérés comme sujets au droit proportionnel.

Si on faisait abstraction des textes pour ne s'en tenir qu'aux principes, il serait presque impossible de refuser le bénéfice de l'art. 22 aux marchés de travaux des chambres de commerce. La raison de décider est en effet la même pour les deux sortes d'opérations. On sait que l'enregistrement des actes dont il s'agit n'est pas obligatoire dans un délai déterminé, mais, comme ils sont soumis à la règle commune sur les productions en justice, ils doivent être préalablement enregistrés, quand une partie veut s'en prévaloir dans un procès. Il y avait lieu de percevoir alors, sous l'empire du droit antérieur à la loi de 1859, tous les droits fixes et proportionnels auxquels ils pouvaient donner ouverture, alors même qu'au jour de la contestation le marché aurait été presque entièrement exécuté et que l'instance n'aurait eu pour objet qu'un simple règlement de compte. Ce mode de perception avait donné lieu à de vives réclamations de la part des juridictions consulaires. « La plus grande partie des demandes formées devant nous, disait le tribunal de commerce de la Seine, s'appuie sur l'énonciation que la convention est verbale, alors même qu'un écrit existe entre les parties. Le juge consulaire lui-même ne peut pas exiger la production d'un acte qui rendrait la tâche plus facile, mais qui ruinerait les plaideurs. » Ce sont ces raisons

Digitized by Google

qui ont déterminé le législateur de 1859 à autoriser la production en justice des marchés de l'espèce prévue, moyennant l'enregistrement préalable au droit fixe de 2 fr. « Les droits proportionnels, dit le texte, seront perçus lorsqu'un jugement portant condamnation, collocation, liquidation ou reconnaissance interviendra sur ces marchés et traités.... mais seulement sur la partie du prix ou des sommes faisant l'objet de la condamnation, collocation, liquidation ou reconnaissance. »

On doit reconnaître que ces raisons sont aussi vraies pour les marchés des chambres de commerce que pour ceux des particuliers commerçants.

Mais les raisonnements par analogie étaient ici impossibles et tout le débat s'est concentré sur le caractère légal des chambres de commerce.

Nous ne pouvons pas insister longuement sur un point qui se rattache plutôt au droit administratif qu'au droit fiscal. A notre point de vue, c'est avec raison que l'arrêt du 28 octobre donne aux chambres de commerce le titre d'établissement publics. MM. Lyon-Caen et Renault, dans leur traité, se prononcent, à la vérité, en sens contraire. Pour eux, elles ne seraient que des établissements d'utilité publique. Cette opinion n'est du reste indiquée que dans une note fort brève et la question n'est pas discutée.

Ce qui caractérise l'établissement public, c'est sa destination. Il doit être l'organe d'un service public, d'un service public spécial, sans aucun doute, mais enfin d'un service public. Il a pour but de compléter notre organisation administrative ; à côté des représentants de l'ensemble des intérêts généraux, tels que l'Etat, le département et la commune, se placent les représentants d'intérêts spéciaux, ayant d'ordinaire un caractère local. « Dans la langue spéciale du droit administratif, dit M. Aucoc, le mot « établissement public » désigne une personne civile, ayant une existence distincte et des ressources propres, créées pour la gestion d'un service public. » (Aucoc, *Conférences*, 2me édition, tome I, n° 198). Les chambres de commerce répondent de tous points à cette définition. Le but pour lequel elles sont instituées, leur fonctionnement financier, tout prouve surabondamment

Digitized by Google

qu'elles ne sont pas seulement d'utilité publique. Concevrait-on un établissement non public, qui aurait un impôt spécial pour ressource budgétaire? C'est cependant ce qui a lieu pour les chambres de commerce qui perçoivent des droits de tonnage et des contingents supplémentaires à certaines patentes. Sans doute, les décrets de 1851 et de 1852 les ont qualifiées d'établissements d'utilité publique. Mais faut-il s'attacher aux mots ou aux choses dans l'interprétation des lois? La nature essentielle des institutions doit prévaloir sur leur qualification légale. Disons au surplus que le projet de loi actuellement soumis au parlement (Sénat, 14 octobre 1885) revient, en ce qui touche les chambres de commerce, à la saine terminologie juridique.

Quoi qu'il en soit, du débat qui vient de s'engager découle un enseignement. C'est que nos lois fiscales, à certains points de vue, sont plus préjudiciables qu'utiles aux établissements publics. Cependant, ces personnes morales constituées en vue de l'accomplissement d'un service public mériteraient bien quelque faveur. Particulièrement, en ce qui concerne le droit proportionnel de marché contesté dans l'espèce, il aurait mieux valu pour la chambre de commerce n'être qu'un simple particulier commerçant. Sa condition aurait été meilleure que celle d'établissement public.

D'abord, elle n'aurait pas été soumise à l'art. 78 de la loi du 15 mai 1818 qui soumet « au timbre et à l'enregistrement sur la minute, dans le délai de vingt jours, les actes des autorités administratives et des établissements publics portant transmission de propriété, d'usufruit ou de jouissance; les adjudications et marchés de toute nature, aux enchères, au rabais ou sur soumission; les cautionnements relatifs à ces actes. » Un simple commerçant, non seulement n'est pas obligé de faire enregistrer dans un certain délai, les marchés qu'il conclut, mais de plus, s'il les fait enregistrer afin de les produire en justice, il peut les faire enregistrer au droit fixe, en vertu de la loi de finances de 1859.

En second lieu, le droit proportionnel, lorsqu'un établissement public est partie dans un marché, est perçu sur la totalité du prix. S'il s'agit d'un simple commerçant, le droit n'est perçu, lors du

Digitized by Google

jugement intervenu sur le marché, que sur le solde du prix réglé par le juge.

On le voit, notre législation consacre ainsi des anomalies assez étranges, anomalies involontaires sans doute, mais qui n'en sont pas moins réelles.

Indivisibilité de la transcription (Cass. Civ., 30 novembre 1885, J. d. P. 1886, p. 1050).

Une veuve est légataire de l'usufruit de la moitié des biens de son mari. Les immeubles dépendant de la succession de ce dernier sont licités. La veuve est adjudicataire pour la totalité. L'adjudication est présentée à la formalité de l'enregistrement. Mais, en même temps, est produit un acte régulièrement homologué de liquidation et de partage, aux termes duquel le prix d'adjudication est attribué à la veuve, pour son usufruit de moitié de la succession du défunt, la nue-propriété revenant à ses enfants. Indépendamment du droit de mutation, il y a lieu pour le receveur de percevoir le droit de transcription, conformément à la disposition bien connue de l'art. 54 de la loi du 28 avril 1816. Aux termes de ce texte, « dans tous les cas où les actes seront de nature à être transcrits au bureau des hypothèques, le droit sera augmenté d'un et demi pour cent. »

Sur quelles bases devaient être perçus l'un et l'autre droit, le droit de transcription et le droit de mutation ?

En ce qui touche le droit de mutation, il n'y avait pas et il ne pouvait pas y avoir de contestation sérieuse. L'adjudicataire devait être affranchie de la perception sur la portion de son prix d'adjudication représentant son droit d'usufruit. On ne faisait, en cela, qu'appliquer des principes anciens et constants.

C'est au sujet du droit de transcription qu'un assez vif débat s'est engagé entre la régie et l'adjudicataire. La prétention de la régie, prétention qui a été accueillie par la chambre civile, était de percevoir le droit de transcription sur la totalité du prix d'adjudication, sans admettre aucune déduction à raison de l'usufruit. On a prétendu en sens inverse, au nom de l'adjudicataire, que la déduction de la valeur de l'usufruit devait être opérée.

Les arguments de la régie peuvent être ramenés à trois.

D'abord, a-t-on dit, le droit de transcription est le salaire

Digitized by Google

d'une formalité utile aux particuliers. Cette formalité est indivisible : elle n'est pas susceptible de plus ou de moins. Par cela seul qu'elle est accomplie, le droit est exigible sur la totalité des sommes portées dans l'acte transcrit.

La régie s'est préoccupée, en second lieu, d'une objection possible. « Au point de vue de l'usufruit, pouvait-on dire, la formalité de la transcription était dénuée de toute utilité. La veuve conservait et n'acquérait pas. Pas de mutation, pas de transcription. L'adjudication ne faisait, en somme, passer sur la tête de l'adjudicataire que la nue-propriété et non l'usufruit. » On répondait à cette objection que la transcription, dans l'état actuel de notre droit, n'est pas seulement utile pour publier les mutations et constitutions de droits réels immobiliers, elle joue encore un autre rôle. Elle est la formalité préliminaire de toute purge d'hypothèques, inscrites ou non inscrites. Au début de la purge, la formalité de la transcription est indispensable. Il peut arriver ainsi que des actes qui n'ont pas besoin d'être transcrits, en vertu de la loi du 23 mars 1855, doivent l'être, en vertu des dispositions du Code civil en matière de purge. L'exemple des legs particuliers est présent à l'esprit de tout le monde. Or précisément, dans l'espèce actuelle, la transcription à fin de purge, était nécessaire, en ce qui concerne l'usufruit. Le legs d'usufruit est un legs particulier. La veuve pouvait avoir besoin de recourir au bénéfice de la purge pour dégrever l'usufruit qui lui était attribué. La transcription lui était nécessaire. Si elle ne devait pas le droit de transcription en raison d'une mutation, elle le devait du moins à ce dernier titre.

Enfin, il a été soutenu, toujours dans l'intérêt de la thèse de la perception du droit de transcription sur la totalité du prix, que la ventilation ne pouvait pas être faite par le préposé. Sans doute, en matière de droits de mutation, il existe une évaluation à forfait de la nue-propriété et de l'usufruit. Mais, on prétend que c'est là une règle exceptionnelle et qui ne peut pas être généralisée. En matière hypothécaire, il faut une ventilation, dans toute l'acception du mot. C'est ce qui arrive, dans le cas de l'art. 2192 Code civil. Or, rien n'autorise les préposés à procéder à une telle opération.

Digitized by Google

Il est vrai que l'art. 25 de la loi du 21 ventôse an VII, organique de la perception des droits d'hypothèque, déclare que le droit sur les actes emportant mutation de propriétés immobilières sera de 1 et 1/2 pour cent du prix intégral des mutations, suivant qu'il aura été réglé à l'enregistrement. On en pourrait conclure que les droits de transcription sont comme des droits accessoires des droits de mutation et doivent être perçus sur les mêmes bases. La conséquence est aisée à prévoir, en ce qui concerne l'hypothèse actuelle. Du reste, l'argument pourrait être fortifié au moyen de l'art. 54 de la loi du 28 avril 1816. Ce texte, qui a été reproduit plus haut, accentue pour les droits de transcription le caractère accessoire des droits de mutation, en soumettant les uns et les autres à une perception commune.

La régie a réfuté cette objection en faisant remarquer, avec raison du reste, qu'il n'y avait pas toujours entre les droits de mutation et les droits de transcription un lien nécessaire et indissoluble, et qu'il pouvait arriver que le droit de transcription fût exigible, dans des cas où le droit de mutation ne l'était pas. C'est donc que les deux perceptions ne sont pas nécessairement calquées l'une sur l'autre. C'est donc que le droit de transcription n'est pas un simple reflet du droit de mutation. L'exemple à l'appui de cette argumentation se présente de lui-même à l'esprit : l'héritier bénéficiaire, adjudicataire des immeubles de la succession, n'est pas soumis aux droits de mutation, il en est déjà passible comme héritier, la formalité de la transcription lui est même inutile, en tant qu'elle est destinée à publier une mutation de propriété. Mais elle lui est nécessaire, en tant que premier acte de la procédure de purge. (Chambres réunies, 12 janvier 1876, J. d. P. 1876, page 166). Ainsi se trouve brisé le lien que l'on voudrait établir entre les deux impôts.

Les arguments de la régie ne nous paraissent pas décisifs.

Tout d'abord, nous admettrons difficilement que le droit proportionnel de transcription dût être considéré comme le salaire d'une formalité. Il nous semble que ce droit proportionnel constitue bien plutôt un impôt sur les valeurs, absolument comme le droit de mutation, dont il est du reste devenu l'accessoire depuis la loi de 1816. On a cité dans le débat un passage tout-à-fait con-

Digitized by Google

cluant, de la discussion de la loi du 22 frimaire an VII. Duchâtel disait en effet dans son rapport au Conseil des cinq cents : « Nous avons entendu par droit fixe le prix de la formalité de l'enregistrement, pour les actes qui ne sont pas de nature à donner lieu au droit proportionnel. Le droit proportionnel est d'une nature plus étendue que le droit fixe. Il n'est pas seulement, comme celui-ci, le prix de la formalité; c'est de plus une contribution assise sur les valeurs. » Ce qui fut dit à cette époque, au sujet des droits d'enregistrement, peut, ce nous semble, être répété avec un égal à propos au sujet des droits de transcription. L'observation est du reste confirmée par la connexité qui a été établie en 1816 entre les deux droits. Perçus généralement ensemble et par le ministère du même préposé, il serait surprenant qu'ils fussent de nature différente.

Le second argument de la régie était puisé dans l'idée de la transcription nécessaire du titre de la veuve usufruitière au point de vue de la formalité de la purge. On a également réfuté cette considération. Sans doute, le legs d'usufruit, même à titre universel, peut être considéré comme un legs particulier. Sans doute, aussi, le légataire qui est dispensé de la transcription en tant qu'il s'agit pour lui de fixer sur sa tête le droit qui lui a été légué, y est soumis au contraire s'il veut purger. Ainsi que le disait M. l'avocat général Bédarrides, devant les chambres réunies de la Cour suprême (arrêt du 12 janvier 1876) « de ce que la loi a dispensé tel ou tel acte de la formalité de la transcription, au point de vue de la transmission, on ne saurait conclure que la transcription ne puisse pas avoir lieu, au point de vue de la purge ». Tout cela est d'une parfaite vérité juridique. Mais « *non erat hic locus* ». Ce n'était pas le lieu d'appliquer ces principes. Ce qui était de nature à être transcrit, c'était le legs ou plutôt le testament qui constituait le véritable titre d'acquisition, en suite duquel la purge devait s'opérer. L'adjudication et l'acte de partage n'étaient pas le titre de l'usufruitière. Ce dernier acte notamment ne concernait que l'application de son droit d'usufruit. Il ne devait pas plus être transcrit, qu'un acte portant consentement à délivrance d'un legs de propriété immobilière. Le droit d'usufruit remontait plus haut et plus loin que le partage et que

Digitized by Google

l'adjudication; il dérivait du testament. Celui-ci seul était véritablement de nature à être transcrit dans le sens de l'art. 54 de la loi du 28 avril 1816.

Quant à l'impossibilité légale, où se serait trouvé le préposé, d'opérer une ventilation dans le prix de l'adjudication, pour parvenir à dégager la somme représentative de l'usufruit, cette impossibilité n'est rien moins que démontrée. La ventilation résultait de la loi fiscale elle-même qui évalue arbitrairement, mais d'après un principe invariable, la valeur des droits d'usufruit et de nue propriété. Il nous est difficile de comprendre en quoi cette ventilation, possible au point de vue de l'enregistrement, deviendrait tout à coup impossible en matière de transcription. La loi de 1816 n'a fait en somme que réorganiser la perception du droit de transcription, affn d'empêcher les parties de s'y soustraire. C'était la réparation fiscale des suites de l'abrogation de la loi du 11 brumaire an VII. Mais il ne semble pas que l'on ait un seul instant pensé à toucher aux bases mêmes de la perception et surtout à la détermination de ces bases. Les auteurs de la loi de 1816 ont agi en financiers plutôt qu'en jurisconsultes. « Nous n'avons pas perdu de vue les besoins du trésor public pendant les cinq années qui vont s'écouler et nous vous proposons de remplacer avantageusement le droit de mutation, dont nous venons de vous parler, par des augmentations sur beaucoup d'autres droits d'enregistrement, de timbre et d'hypothèque. » On peut donc l'affirmer, sans la moindre hésitation, la loi de 1816 est surtout une loi de finances et on ne saurait en argumenter, lorsqu'il s'agit de la base du droit de transcription.

Il est vrai que le droit de transcription peut être dû, alors que le droit de mutation n'est pas exigible. Les adjudications tranchées au profit d'héritiers bénéficiaires nous en fournissent un exemple bien connu en jurisprudence. Mais il est vrai aussi que ce sont là des cas exceptionnels et dont on ne saurait argumenter par analogie.

Nous serions donc porté à croire que dans l'espèce il y avait lieu de déduire du prix, sur lequel étaient perçus les droits, une somme représentative de l'usufruit de l'adjudicataire. Peut-être (et c'est par cette observation que nous terminerons cet ordre

Digitized by Google

d'idées), peut-être la Cour de cassation a-t-elle été influencée, dans l'espèce, par une assez grave considération de fait : la veuve adjudicataire avait intérêt à purger et à purger pour l'usufruit dont elle était légataire à titre particulier, comme pour la nue-propriété, dont elle était adjudicataire. Elle devait donc tôt ou tard subir le droit de transcription, pour la valeur de son usufruit. On a cru pouvoir le lui faire payer, immédiatement, à l'occasion des actes qui donnaient à ce droit une assiette immobilière précise, en oubliant, il est vrai, que son vrai titre d'acquisition de l'usufruit, le testament, ne figurait pas parmi ces actes.

Non rétroactivité. — Saisie immobilière. — Restitution de droits. — Commandement antérieur à la loi du 23 octobre 1884. — (Tribunal de Tarbes 30 octobre 1885, Dalloz 1886, P. 3e partie, p. 119. — Tribunal de Blois, 13 mai 1885, Dalloz 1886, 3e partie, p. 136).

Les deux décisions précitées ont eu à résoudre la même question. Le commandement fait-il partie de la procédure de saisie-immobilière et peut-on considérer comme commencée une procédure d'expropriation forcée qui ne s'est encore manifestée que par un commandement? La question offre un sérieux intérêt, dans les situations transitoires auxquelles donne lieu la loi du 23 octobre 1884, laquelle ne concerne que les procédures engagées depuis sa promulgation (art. 6). Les deux jugements se sont prononcés en sens inverse. Le premier exclut le commandement de la procédure de saisie-immobilière : le second l'y fait figurer. C'est là surtout un problème de procédure civile, à l'examen duquel il ne nous est pas permis de consacrer de longs développements.

Le seul commentateur de la loi de 1884 qui ait étudié ce point est M. Bigard. A ses yeux, le commandement étant un préalable nécessaire de la procédure d'expropriation forcée en fait forcément partie. Cette procédure doit logiquement embrasser tous les actes, sans lesquels elle ne serait pas régulière.

L'argument qui précède nous avait semblé presque décisif. Cependant, nous serions enclins à penser que le commandement n'est pas un acte de la procédure de saisie immobilière et que celle-ci ne commence que par le procès-verbal de saisie.

Digitized by Google

Nous en donnerions d'abord une raison de principe. L'expropriation forcée est une mesure d'exécution sur les immeubles du débiteur. Peut-on la considérer comme inaugurée avant que les biens, objets de l'exécution, n'aient été définis dans un procès-verbal ? Une mesure d'exécution sur les biens ne peut être réputée entamée que lorsqu'on peut dire sur quoi elle porte. Or le commandement ne remplit pas ces conditions. Il est la menace de l'exécution. Il en est le prélude. Il n'est pas encore l'exécution elle-même. L'art. 674, C. Pr., paraît du reste conçu dans cet ordre d'idées, lorsqu'il déclare que la saisie immobilière ne peut se faire que trente jours après le commandement. Cela veut dire, en langue vulgaire, qu'il doit y avoir un délai assez long entre l'ultimatum et les hostilités et qu'un dernier sursis est donné au débiteur pour se procurer les sommes nécessaires à l'acquittement de son obligation.

On pourrait, il est vrai, argumenter en sens contraire des travaux préparatoires de la loi du 2 juin 1841 sur la saisie immobilière. On fit disparaître à cette époque du texte nouveau en projet un article aux termes duquel le commandement fait aux héritiers devait tenir lieu de la signification prescrite par l'article 877, C. civ. (Persil, *Questions hypothécaires*, tome II, page 308). Cela tendrait à prouver que l'on supposait à cette époque que le commandement faisait partie intégrante de la procédure d'expropriation forcée. S'il en eût été autrement, il n'y aurait pas eu de raison décisive de repousser l'équivalence du commandement et de la signification de l'art. 877, C. civ.

Mais on peut répondre à cela que, malgré l'autorité des travaux préparatoires de 1841, des jurisconsultes autorisés n'ont pas hésité à admettre que le commandement était possible, pendant le délai de l'art. 877. M. Demolombe s'exprime même à ce propos en termes catégoriques : « Le commandement n'est pas, dit-il, un acte d'exécution : il est une démonstration préalable et, nous en convenons, menaçante, mais par cela même qu'il doit précéder l'exécution, il est clair qu'il ne la constitue pas. » (*Successions*, tome V, n° 57).

Il y a un cas du reste où il nous semblerait bien difficile d'incorporer le commandement à la procédure d'expropriation. C'est

Digitized by Google

le cas de l'art. 2169, C. civ. Le commandement signifié au débiteur originaire est certes un commandement dans toute la force du terme. Cependant, on ne songe pas à le considérer comme un élément de la procédure du droit de suite, contre le tiers détenteur, quoiqu'il en soit la condition préalable essentielle.

Enfin, si le commandement était un acte d'exécution, l'opposition au commandement se métamorphoserait en incident de saisie immobilière, et le jugement rendu sur cette opposition ne serait susceptible d'appel que durant 10 jours (731, C. Pr.). Or précisément cette conséquence a été toujours condamnée. L'opposition à commandement n'est pas un incident de saisie, parce qu'on ignore encore s'il y aura saisie et qu'il se peut qu'il n'y en ait jamais. (Cass. Civ., 9 janvier 1854, Dalloz 1854, I, page 12). Du reste, en 1841, la question s'était posée déjà et il avait été entendu que les contestations sur les commandements demeuraient sous l'empire du droit commun.

Avec la théorie opposée, il faudrait également dire qu'un commandement signifié à une femme dotale, n'ayant pas de paraphernaux, serait nul. Cependant, tout le monde reconnaît que si la saisie du fonds dotal est nulle, il ne saurait en être de même du commandement qui est surtout une injonction de payer. Or cette injonction peut s'adresser à une femme dotale qui peut s'obliger valablement, sauf l'insolvabilité conventionnelle résultant pour elle du régime dotal.

Impôt sur le revenu. — Sociétés civiles. — Sociétés en participation. — Leurs caractères. — Détermination du revenu imposable. — (Cass. Civ., 13 avril 1886, D. P. 1886, p. 185).

L'arrêt que nous citons est notable à deux points de vue. Il résout deux questions sur lesquelles les interprètes de la loi du 29 juin 1872 n'étaient pas complètement d'accord. La première est relative aux sociétés auxquelles la taxe est applicable. Les sociétés en participation sont-elles de ce nombre? A cette question fiscale, se rattachait comme question préjudicielle un problème de droit commercial : la société dont il s'agissait était-elle une société en participation ou une société civile proprement dite? La deuxième difficulté portait sur la base de la perception :

Digitized by Google

Quand il n'y a ni conseil d'administration, ni assemblée générale d'actionnaires, le forfait du 5 0/0 est-il obligatoire? Ou bien au contraire est-il permis à la société de faire la preuve contraire et d'établir qu'elle n'a pas réalisé de bénéfices ou qu'elle n'a réalisé que des bénéfices inférieurs au 5 0/0?

Sur la première question, nous serons brefs. Il est à peu près unanimement admis que l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières ne s'applique pas à la société en participation. On en donne parfois pour raison que cette société ne forme pas, comme les autres sociétés commerciales, une personne juridique distincte des personnes des contractants. Ce motif, à nos yeux, n'est pas le vrai. La personnalité civile de la société n'est en aucune façon la condition nécessaire de l'exigibilité de l'impôt sur le revenu. C'est ainsi que les sociétés civiles y sont soumises, comme aussi les congrégations religieuses non autorisées. Du reste, le texte est suffisamment général pour embrasser toutes les sociétés, soit qu'elles jouissent, soit qu'elles ne jouissent pas de la personnalité civile. Il vise, en effet, « sans distinction ni réserve, toutes les actions et toutes les parts d'intérêt, dans les sociétés, quels qu'en soient le caractère et la nature. »

L'affranchissement des sociétés en participation repose sur un autre motif qui se rattache, il faut l'avouer, par un lien assez étroit au principe de l'impersonnalité. Cette immunité tient à la forme publique, ostensible que revêtent les opérations accomplies par les sociétés ou plutôt par les associés en participation. Dans les sociétés civiles, dépourvues, d'après une opinion très répandue, de toute personnalité, les opérations sociales ont cependant le caractère social, non seulement dans les rapports des associés entre eux, mais encore dans les rapports des associés avec les tiers. Peu importe que les opérations dont il s'agit aient été conclues par tous les associés agissant conjointement, ou par un seul d'entre eux contractant en vertu des pouvoirs qui lui ont été conférés par l'acte de société ou faisant une affaire qui tourne au profit de la société. L'art. 1864 pose à cet égard indirectement le principe à suivre en disant : « La stipulation que l'obligation est contractée pour le compte de la société ne lie que l'associé contractant et non les autres, à moins que ceux-ci ne lui aient donné

Digitized by Google

pouvoir ou que la chose n'ait tourné au profit de la société. » Il se peut que la société ne soit pas un être moral; il n'en est pas moins vrai cependant que des membres se présentent au public, non comme des individus agissant pour leur compte personnel, mais comme des associés poursuivant un but commun. Il n'y a pas à l'égard des tiers d'actes individuels : il y a des actes sociaux. Dans l'association en participation, il en va tout autrement. Non seulement, la personnalité juridique est absente; non seulement, il n'y a pas de patrimoine social, mais, chose plus grave, il n'y a pas plus, à l'égard des tiers, d'associés que de société. On se trouve alors en présence d'individualités distinctes traitant en leur nom personnel, stipulant pour elles et n'obligeant qu'elles. Sans aucun doute, des comptes auront lieu ultérieurement entre les associés et c'est là, c'est en cela que se révèle l'existence de la société. C'est pourquoi, ainsi que l'a décidé la Cour de cassation, le droit fixe gradué est applicable aux actes de formation de sociétés en participation, comme aux actes de formation des autres sociétés. Mais, nous le répétons, ostensiblement, pour le public, il n'y a ni associés ni société. S'il en est ainsi, on conçoit que la taxe sur le revenu des valeurs mobilières doive être écartée. Elle suppose en effet des opérations sociales et non des opérations accomplies par un particulier, en son nom et pour son propre compte.

Au surplus, le principe est reconnu par l'administration elle-même. Les débats qui se sont engagés devant les tribunaux en supposaient l'adoption, et ils avaient pour objet le point de savoir si l'on était en présence d'une société civile proprement dite, ou d'une société en participation. (Conf. M. Garnier, *Rép. de l'enreg.* n° 3526, Tr. civ. de Lille, 20 mars 1880, D. P. 1880, V^e^. partie, page 389).

Dans l'affaire qui a donné lieu à notre arrêt, la discussion a suivi la même direction. Il a été admis, en thèse, que si la société était en participation, rien ne serait dû. Le tout était de savoir si la société était purement civile ou en participation. Nous n'avons pas à nous étendre sur ce point. Il est en dehors du domaine de cette revue doctrinale. Qu'il nous suffise de dire que la Cour de cassation est demeurée fidèle à sa jurisprudence

Digitized by Google

sur les caractères de la société en participation. Elle n'a voulu reconnaître cette société, ni à l'absence de raison sociale, ni à l'unité et à la spécialité de l'objet en vue duquel elle avait été formée. Ce qui la caractérise, c'est la particularité que nous citions plus haut.

Nous arrivons à la seconde question résolue par notre arrêt, question beaucoup plus grave que la première et dont la solution mérite l'attention. La perception, on le sait, se fait différemment, suivant qu'il y a ou non soit un conseil d'administration, soit une assemblée d'actionnaires fixant le quantum des bénéfices répartissables. Au premier cas, elle a pour objet « le dividende fixé, d'après les délibérations des assemblées d'actionnaires, ou des conseils d'administrations, les comptes-rendus et tous autres actes analogues. » (Art. 2, § 1, Loi du 29 juin 1872). Dans le second cas, au contraire, les indications qui précèdent font totalement défaut. La loi admet alors que le revenu social est égal au 5 0/0 du montant du capital social ou de la commandite, ou du prix moyen des cessions de parts d'intérêts consenties pendant l'année précédente (art. 2, § 3). C'est là un forfait dont la rigueur est incontestable. Il s'agissait de savoir si une société sans conseil d'administration et sans assemblée d'actionnaires pouvait s'en affranchir.

La régie a soutenu, sans la moindre hésitation, que le forfait de 5 0/0 était obligatoire ; que les sociétés ne pouvaient s'y soustraire qu'en produisant les délibérations des conseils d'administration des intéressés ; que le forfait existait aussi bien dans l'intérêt des sociétés redevables que dans l'intérêt du trésor; et que, de même que le trésor ne pouvait faire la preuve de l'existence d'un revenu supérieur au 5 0/0, les sociétés ne pouvaient, de leur côté, à défaut de délibération régulière, alléguer qu'elles n'avaient réalisé aucun revenu.

La prétention de la régie n'était pas nouvelle. Elle avait déjà été soumise à la Cour de cassation, en 1878. L'arrêt du 18 novembre lui est favorable dans ses motifs, et le conseiller rapporteur, M. Dareste, s'y était également rallié, dans les observations qu'il présentait à la chambre des requêtes. On a toutefois pu penser que le problème n'était pas définitivement résolu et que

Digitized by Google

la Cour suprême n'avait pas dit son dernier mot. Ce dernier mot, elle l'a dit, en termes décisifs, dans son arrêt du 28 janvier 1879. « Attendu, dit la chambre des requêtes, qu'en assujettissant à la taxe le produit des parts d'intérêt de la société civile, formée entre les deux frères Pereire, sans s'arrêter aux objections tirées soit du caractère universel de la dite société, soit de l'indétermination du capital, soit enfin de l'absence de produits, le jugement attaqué n'a pas violé.... » Cette fois la déclaration de la Cour était catégorique ; son opinion était engagée.

La chambre civile s'est montrée moins fiscale que la chambre des requêtes. Elle a jugé par notre arrêt que toute société à laquelle la taxe sur le revenu est réclamée a le droit de prouver par les moyens légaux, afin d'échapper à cette demande, qu'elle n'a aucune espèce de revenus. C'est l'abandon complet des idées de la chambre des requêtes.

Résumons, en peu de mots, le système de la régie avec les considérations sur lesquelles il s'appuie.

L'idée de forfait a joué un grand rôle dans le débat. La loi a institué un forfait, par l'évaluation du revenu social, à raison de 5 0/0 du capital. Or le propre du forfait est d'être obligatoire pour tous les intérêts en présence, quel que soit le préjudice qui en résulte pour eux. Il a le caractère de la clause pénale qui, lorsque le dommage prévu s'est réalisé, doit être strictement suivie, sans qu'on puisse ni relever, ni rabaisser le taux des indemnités. « La loi, disait en ce sens M. Dareste, en 1878, n'a pas voulu pénétrer dans le secret des sociétés qui n'ont pas de conseil d'administration, ni de délibérations régulières constatées sur un registre. Elle suppose, en ce cas, que le revenu est égal à 5 0/0 du capital social et c'est sur cette base qu'elle établit l'impôt. Peu importe dès lors que la société prospère ou non, peu importe qu'elle abandonne tout revenu pour spéculer sur l'accroissement de son capital. Entrer dans cet ordre de considération, ce serait violer expressément l'art. 2 de la loi de 1872. »

Si la loi avait voulu affranchir de l'impôt les sociétés dont les revenus sont nuls, elle s'en serait expliquée. C'est ce qui a eu lieu, à propos du timbre des actions. L'art. 24 de la loi du 5 juin 1850 dégrève les sociétés qui se seront mises ou auront été

Digitized by Google

mises en liquidation, ainsi que celles qui, depuis leur abonnement, n'auront dans les deux dernières années payé ni dividendes ni intérêts. Et le même article ajoute que l'immunité sera maintenue, tant qu'il n'y aura ni intérêts, ni dividendes.

Si la loi de 1872 avait voulu que l'absence de revenus entraînât l'exclusion du forfait, elle l'aurait déclaré expréssement.

La régie a dit, en troisième lieu, qu'à la vérité le décret du 6 décembre 1872 parlait de « documents analogues » fixant l'importance des bénéfices réalisés. Mais ces documents analogues ne peuvent figurer dans les débats entre la régie et les redevables que comme annexes des délibérations des conseils d'administration et des assemblées générales d'actionnaires. Là où ces délibérations n'existent pas, il ne saurait être question de produire des « documents analogues ».

Enfin, on a ajouté que rien n'empêchait une société civile de constituer un conseil d'administration parmi ses membres et de se soustraire ainsi au forfait.

Pour nous, nous nous rallions complètement à la thèse de la Cour de cassation qui admet les sociétés civiles à prouver qu'elles n'ont pas réalisé de revenus.

Est-il besoin d'abord d'invoquer l'esprit de la loi ? La loi de 1872 n'a pas établi l'impôt sur le capital, mais l'impôt sur le revenu. La taxe de 3 0/0 n'est donc due que lorsqu'il y a un revenu et la loi ne peut pas créer par présomption la matière imposable. L'impôt sur le capital avait été proposé, au cours de la discussion de la loi du 29 juin 1872. Il avait été repoussé à la suite d'observations significatives de M. Magne, que M. Desjardins a roproduites, dans son réquisitoire devant la chambre civile : « Voilà, disait cet orateur, une entreprise commencée dont les actions se cotent à la Bourse, mais qui n'a encore produit aucune espèce de revenu et c'est sur son capital que vous allez asseoir l'impôt, présumant que le capital représente un revenu. Nous avons pensé qu'il y avait là un réel danger. M. le président de la République avait dit, avec une grande raison, que frapper le capital c'était une mesure dangereuse ; c'est en nous conformant à ces principes, qui nous ont paru à la fois justes et raisonnables, que nous n'avons pas voulu admettre un système qui a

Digitized by Google

pour résultat de frapper le capital improductif. » Sans doute, M. Magne, en parlant ainsi, songeait particulièrement aux sociétés commerciales. Mais ses paroles avaient cependant une haute portée. Elles révélaient le véritable esprit de la loi. Le principe qui le lui dictait était aussi vrai des sociétés civiles que des sociétés commerciales.

C'est du reste ainsi que le législateur a toujours compris l'œuvre de 1872. Lorsqu'en 1880, il a été question d'assurer l'application de l'impôt aux sociétés dont les statuts n'admettent pas de distributions de bénéfices, c'est-à-dire aux congrégations, on a réservé à ces société la faculté de déclarer le quantum de leurs revenus, pour se soustraire au forfait du 5 0/0. Cela supposait bien que ce forfait pouvait être écarté. La vérité est même qu'il l'a été d'une façon constante, et c'est ce qui a rendu nécessaire la loi du 29 décembre 1884. Cette dernière loi n'est-elle pas de nature à fournir un argument *a contrario* au système qui a triomphé devant la chambre civile?

Mais, dit-on, la loi de 1872 n'a pas réservé l'hypothèse de l'absence de revenus, comme l'avait fait la loi du 5 juin 1850, à l'occasion de l'impôt du timbre. M. Desjardins nous semble avoir réfuté péremptoirement cette objection : l'impôt du timbre, dit-il, se perçoit sur le titre extérieur, sur le morceau de papier qui est la preuve et la forme du droit; en thèse, le mauvais état des affaires sociales ne pouvait motiver aucune dispense, si les textes n'avaient pas parlé. Tout autre est le mécanisme de l'impôt sur le revenu ; cette fois, il faut aller au fond des choses et le législateur, après avoir défini nettement la matière imposable, n'a pas besoin de dire que, où celle-ci manque, l'impôt n'est pas dû.

On fait un argument de réciprocité. Le forfait est obligatoire pour la régie; il doit l'être aussi pour les redevables. Sinon, il n'a plus du forfait que le nom.

On a répondu qu'il ne fallait pas confondre l'assiette de l'impôt avec la détermination de sa quotité. Le forfait concerne la quotité et non l'assiette de l'impôt. Quand il n'y a pas de revenus du tout, le forfait cesse d'être applicable. L'improductivité, a-t-on dit, fait exception à toutes les règles.

Nous avouons que cette réfutation ne nous satisfait pas pleine-

Digitized by Google

ment. Il nous semble que le forfait a aussi bien pour objet l'assiette de l'impôt que sa quotité. Il est en effet difficile de les séparer puisque l'une dépend de l'autre. D'autre part, peut-être arriverait-on avec cet argumentation à ce résultat assez étrange de permettre aux sociétés de prouver que leurs revenus sont nuls, tandis qu'elles ne pourraient pas démontrer qu'ils sont inférieurs au 5 0/0.

Nous préférons nous en tenir aux considérations que nous avons puisées, soit dans les travaux préparatoires de la loi de 1872, soit dans les lois ultérieures. Il y a là une base plus solide pour la théorie équitable que nous soutenons. CH. TESTOUD.

DE LA CHERTÉ DES FRAIS DE JUSTICE,

Par M. LESPINASSE, président de chambre honoraire à la Cour de Pau.

Ce n'est pas d'aujourd'hui seulement qu'on se plaint de la cherté des frais de justice. Il est dans la nature des choses que lorsqu'on défend son bien ou lorsqu'on croit le réclamer avec juste raison, on trouve dur d'avoir à supporter des frais qui absorbent trop souvent la valeur de l'objet du litige. Le grand fabuliste ne faisait que se rendre l'écho d'une opinion très populaire dans cette récrimination contre les frais de justice :

> Mettez ce qu'il en coûte à plaider aujourd'hui;
> Comptez ce qu'il en reste à beaucoup de familles,
> Vous verrez que *Perrin* tire l'argent à lui
> Et ne laisse aux plaideurs que le sac et les quilles.

Perrin n'était pas seulement le juge, comme son nom semblerait l'indiquer, mais tous les auxiliaires du Palais qui rongeaient à qui mieux mieux l'os de la chicane.

Il peut être curieux de jeter un coup d'œil sur les origines et les développements des charges qu'imposent aux plaideurs l'instruction et le jugement des procès. Elles se divisent en salaires pour les officiers de justice, et en traitements ou honoraires pour les magistrats.

A Athènes, où le barreau brilla d'un si vif éclat, il est vraisemblable qu'à côté des grands orateurs comme Callistrate,

Digitized by Google

Eschine, Démosthène, il y avait près des tribunaux des praticiens dont la fonction était d'accomplir les actes de la procédure. L'on est d'autant plus porté à le croire, que les rhéteurs comme Gorgias, Isocrate et même Démosthènes à ses débuts, ne prononçaient pas eux-mêmes leurs plaidoyers, mais les faisaient lire par des agents attachés sans doute au service des tribunaux (Voir le *Droit public de la République athénienne,* par G. Perrot de l'Institut).

A Rome, on employait des mandataires spéciaux pour l'instruction des procès. On les nommait *procuratores ad lites,* et leur importance était telle qu'on les qualifiait de *maîtres* des causes dans lesquelles ils occupaient.

Plusieurs textes du Code et du Digeste, en mettant les dépens à la charge de la partie condamnée, laissaient aux magistrats le soin de les régler *ex æquo et bono.*

Pour assurer au plaideur qui gagnait son procès le recouvrement de ses avances, et au fisc la part qu'il s'attribuait, on obligeait les plaideurs à déposer chacun une somme équivalente au dixième des valeurs en contestation. Après le jugement, la partie gagnante retirait son gage, et le fisc s'emparait du reste à titre d'amende.

La condamnation aux dépens fut empruntée de bonne heure par les tribunaux ecclésiastiques au droit romain; elle ne devint générale dans les juridictions laïques, qu'à partir de l'Ordonnance de 1667.

En organisant une administration de la justice digne de ce nom, quand le duel judiciaire commença à tomber en désuétude, Saint Louis obligea les parties à recourir à des conseils qui prirent naturellement le titre de procureurs qu'avaient porté leurs devanciers de la période romaine. Mais à l'origine il leur fallait des lettres de chancellerie pour être autorisés à représenter leurs clients; c'était une application outrée de la maxime : « Nul en France, excepté le roi, ne plaide par procureur. »

Le nombre de ces auxiliaires de la justice fut d'abord illimité. Un simple certificat de trois avocats en exercice suffisait pour constater leur aptitude. Les avocats cumulaient souvent la postulation avec la plaidoirie. Une ordonnance de Charles IX les y

Digitized by Google

autorisa expressément; une autre ordonnance, presque de la même date, permit aux procureurs de résigner leurs charges moyennant finance; ce fut là, à proprement parler, le commencement de l'institution en titre d'office.

Les procureurs se signalèrent bientôt par leur âpreté au gain; on sait que Boileau a fait du nom de l'un d'eux, le synonyme d'improbité et de rapacité.

Il y avait cependant d'honorables exceptions, et l'on citait *trois procureurs* : Vernier, Maupassant et Pormé, qui avaient eu l'honneur d'être nommés par la Cour membres des conseils de famille, ou même tuteurs de plusieurs enfants de maisons princières. Mais ce nombre de *trois* rappelait précisément cet autre trait de satire du même poète parlant des Pénélope qui florissaient à Paris de son temps :

« Il en est jusqu'à *trois* que je pourrais nommer. »

Les procureurs jouissaient néanmoins de certains privilèges : leur profession ne leur faisait pas perdre la noblesse, et elle pouvait être exercée même par des ecclésiastiques.

Toutefois et dans l'ensemble, le mauvais renom qui s'attachait à leur état était tel, que lorsqu'on voulut renouveler l'institution, reconnaissant qu'elle était indispensable, on déclara formellement qu'on changeait le nom, pour ne pas rendre les nouveaux postulants solidaires de leurs devanciers.

Il serait long et fastidieux de rappeler en détail les exactions auxquelles ils se livraient; mais on peut en donner une idée à l'aide d'un document législatif fait spécialement pour les huissiers ou sergents, comme on les nommait alors.

Une ordonnance du roi Jean contient cette disposition curieuse : « Il est venu à notre connaissance que les huissiers et les sergents à cheval et autres mènent grand état, et font grands dépens, aux frais des bonnes gens pour qui ils exploitent; ils vont à deux chevaux pour gagner plus grand salaire, tandis que s'ils allaient pour leur propre besogne ils iraient maintes fois à pied ou se contenteraient d'un seul cheval. Voulant réfréner telles dépenses excessives, nous taxons leur salaire à 8 sous par jour. »

Digitized by Google

S'il était difficile de maintenir la soif du gain parmi les gens d'affaires, on avait pris du moins de sages mesures pour limiter la durée de leurs actions contre les justiciables. Un arrêt du Parlement de Paris du 25 mars 1692 portait que les procureurs ne pourraient demander le paiement de leurs frais, salaires et vacations après plus de deux ans depuis qu'ils auraient été révoqués ou que les parties seraient décédées. Le même arrêt leur enjoignait de tenir *registre* en bonne forme pour y inscrire toutes les sommes qu'ils recevraient de leurs clients, sous peine d'être déclarés irrecevables dans leurs réclamations, et de le *représenter* à toute réquisition. Cette disposition a été textuellement reproduite dans le 2e tarif de 1807.

En ce qui concerne les honoraires du juge où les *épices* entraient pour une bonne part, un règlement de 1673 indiquait clairement la portée de ce complément de rémunération. « En « attendant, disait l'article 1er, que le roi soit en état d'aug- « menter les gages des officiers de judicature, afin *qu'ils puissent* « *rendre la justice gratuitement*, les juges, même ceux des « cours souveraines, ne pourront prendre d'autres *épices* pour « les visites, rapports et jugements des procès civils ou crimi- « nels, que ceux qui seront taxés par le président de la Compa- « gnie. »

Il est à noter que le taxateur pouvait être déclaré personnellement responsable des abus qu'il aurait tolérés.

On sait que les épices, qui n'avaient consisté à l'origine qu'en de menus présents de comestibles, comme leur nom l'indique, et qui étaient réputés entièrement *volontaires*, étaient devenues, par le laps de temps, *obligatoires*, et avaient pris des développements scandaleux.

Nonobstant le règlement de 1673, les *épices* étaient taxées dans beaucoup de ressorts par la Compagnie à la pluralité des voix.

La loi du 24 août 1790 abolit l'usage des épices, proclama la gratuité de la justice, et mit le salaire des juges à la charge de l'Etat.

Le règlement des droits qui devaient être alloués aux procureurs étant beaucoup plus compliqué, une loi de 1791 maintint

Digitized by Google

le dernier tarif général qui datait de 1778, en attendant qu'il pût en être fait un nouveau.

Mais bientôt le législateur, entraîné par une tendance irréfléchie aux innovations, simplifia sa tâche, en abolissant les procureurs et la procédure, et en laissant aux justiciables la faculté de se faire défendre par qui il leur plairait, dans les formes qui leur conviendraient, et moyennant des rémunérations librement débattues.

Il en résulta une mêlée effrayante devant les tribunaux ; des lenteurs et des surprises au milieu desquelles la raison et l'équité ne pouvaient plus se faire jour que par hasard, et des exigences de salaires, dépassant tout ce qu'on avait vu jusqu'alors. L'expérience fut courte, mais décisive, et dès que l'ordre fut rétabli, on dut en revenir à une institution indispensable pour l'instruction des procès : les procureurs furent rétablis sous le nom d'avoués, et les frais de justice réglés suivants les anciens errements.

Enfin trois décrets du 16 février 1807 ont fixé définitivement les émoluments des officiers ministériels.

Les allocations qu'ils accordent sont-elles excessives, et doit-on en considérer la diminution comme une réforme urgente ?

Il est certain que la justice coûte très cher, et qu'un plaideur engagé à tort ou à raison dans une contestation judiciaire est exposé à perdre, indépendamment de l'objet du litige, des sommes énormes, à titre de frais de justice.

D'un autre côté, on voit que les officiers ministériels, pour peu qu'ils soient occupés, amassent en peu de temps des fortunes quelquefois considérables, et de cette double observation, on conclut aisément à l'exagération des droits que leur accorde le tarif.

Cette conséquence est-elle bien exacte ? Le remède qu'on prétend apporter à ce mal serait-il approuvé par une raison éclairée et impartiale ? Aurait-il enfin l'efficacité que l'on suppose ?

Il faut d'abord ne pas oublier que la meilleure part des frais de justice est prélevée par l'État, pour droits de timbre, de greffe et d'enregistrement.

Nous avons vu que déjà dans le droit romain le fisc s'empa-

Digitized by Google

rait, à titre d'amende, d'une partie des sommes consignées par les plaideurs. Cette manière d'envisager les procès, pour être ancienne, n'en est pas plus équitable. C'est un malheur d'avoir un procès, et l'on a de la peine à comprendre que, lorsqu'on a été forcé d'en venir à cette extrémité, on encoure pour cela une sorte de peine.

Si l'un des plaideurs est évidemment de mauvaise foi, il peut devoir des dommages-intérêts à son adversaire, mais jamais à l'État. Rendre la justice est un devoir de la puissance publique; comme le dit Bentham, ce devoir découle de la mission qui appartient à l'État de sanctionner les conventions privées. Un impôt sur les procès est donc la méconnaissance de l'une des obligations les plus impérieuses de la souveraineté.

Il est remarquable que ce principe ait été reconnu par le plus autoritaire de nos rois, dans le règlement de 1673 que nous avons cité, où l'on regrette que le pénurie du trésor ne permette pas pour le moment, de rendre la justice gratuite.

Veut-on avoir une idée de la proportion existante en ce moment chez nous dans les frais de justice, entre les droits du fisc et les émoluments des officiers ministériels.

Nous prenons au hasard un état de frais d'une affaire sommaire portée devant un tribunal de 1re instance. Sur un total de 121 fr., il y a, en chiffres ronds, 70 fr. de timbre, d'enregistrement est de droit de greffe, 6 fr. pour le greffier, 21 fr. pour l'huissier, 6 fr. pour les écritures, et 18 fr. pour l'avoué (c'est précisément le chiffre donné par Chauveau), soit en tout 51 fr. pour les officiers ministériels, tandis que le fisc prélève 70 fr., c'est-à-dire environ les trois cinquièmes.

Est-il besoin d'insister pour démontrer combien une telle proportion est exorbitante? On dirait vainement que les plaideurs, faisant *seuls* usage des tribunaux, sont naturellement assujettis à rembourser *seuls* au trésor ce qu'il paye pour leur fournir des juges.

A l'aide d'un pareil raisonnement, on pourrait morceler toutes les charges qu'entraînent les services publics, ce qui y jetterait l'incertitude et la confusion; il suffit qu'une administration puisse être utile à tous, pour que les dépenses qu'elle occa-

Digitized by Google

sionne doivent être supportées par la masse des contribuables.

La première réforme devrait donc consister dans la suppression, ou du moins dans une diminution notable des droits que le fisc s'adjuge sur les procès. Espérons que les nécessités budgétaires n'empêcheront pas toujours de la réaliser.

Il est cependant une amélioration qui pourrait être immédiatement appliquée sans exciter ni surprise ni plainte, car elle ne serait qu'une simple extension de ce qui existe déjà pour certains cas déterminés. D'après la loi du 23 octobre 1884, lorsque les adjudications sur saisie immobilière ne dépassent pas 2,000 fr., les émoluments des officiers ministériels sont réduits de 1/4, et le Trésor public abandonne tous ses droits. Pourquoi n'étendrait-on pas ces dispositions à toutes les expropriations? Un tel allègement serait surabondamment justifié par la crise économique qui sévit chez nos voisins d'Outre-Manche aussi bien que chez nous. L'avilissement énorme de la propriété foncière amène, en effet, chaque jour de véritables avalanches de saisies dont le résultat est de ruiner à la fois les débiteurs et les créanciers, sans enrichir le moins du monde les adjudicataires séduits par une apparence de bon marché; car aux prix dérisoires où sont tombés les produits agricoles, ils ont de la peine à retirer de leurs acquisitions, de quoi payer les impôts et la main-d'œuvre indispensable à la culture.

Venons maintenant aux réductions que l'on croit pouvoir opérer sur les émoluments des officiers ministériels.

Le tarif qui les a réglés date de 80 ans. Depuis cette époque, la valeur de l'argent, comparée au prix des choses nécessaires à la vie, a sensiblement baissé; le nombre des affaires contentieuses a subi également une diminution considérable; serait-il juste d'amoindrir la rémunération, alors que les moyens de l'obtenir sont devenus plus rares, et qu'elle est moins proportionnée aux charges de l'existence la plus modeste ?

D'un autre côté, en rendant trop improductive la profession des officiers ministériels, on ne pourrait raisonnablement exiger d'eux une préparation longue et coûteuse, et l'on ne trouverait pour remplir ces emplois, à mesure qu'ils deviendraient vacants,

Digitized by Google

que des aspirants dont la condition trop précaire, n'offrirait plus les garanties désirables.

Si l'on veut maintenant venir au détail des réductions qui pourraient être proposées, sans rendre intolérable la position des auxiliaires de la justice, on reconnaîtra, sans peine, qu'à part certaines matières, qui ont déjà donné lieu à des réformes importantes, comme les ordres, les distributions par contribution, les saisies immobilières, et auxquelles on pourrait ajouter les partages de successions ou de communautés, aucune économie sérieuse ne pourrait être réalisée. L'aperçu que nous venons de donner des émoluments alloués par le tarif actuel aux avoués, aux huissiers et aux greffiers en matière sommaire, le démontre surabondamment.

Mais ce qui importerait beaucoup, non-seulement au point de vue de l'intérêt pécuniaire des plaideurs, mais encore sous le rapport de la moralité et du bon renom de tous les agents qui concourent à l'instruction des procès, ce serait de prévenir ou de corriger les abus, s'il en existe, et d'établir un contrôle qui donnât aux clients toutes les sûretés dont ils peuvent raisonnablement former le vœu.

Il suffirait, croyons-nous, de quelques modifications très simples dans la manière de liquider les dépens et de les recouvrer, pour que tout ce qui peut paraître excessif, dans le taux actuel des frais de justice, fût heureusement atténué, et, tout au moins, pour qu'une pleine lumière étant faite, sur les règlements qui interviendraient entre les officiers ministériels et leurs clients, les soupçons d'exigences injustes de la part des premiers dussent s'évanouir, alors même que l'économie procurée aux plaideurs ne serait pas aussi considérable qu'on l'aurait espéré.

Avant d'exposer les modifications législatives qui nous semblent pouvoir amener ce résultat, nous éprouvons le besoin de rappeler que, plus d'une fois, des observations analogues à celles que nous avons à présenter ont été regardées comme des actes d'hostilité envers les officiers ministériels.

Un semblable reproche est, selon nous, souverainement injuste. Rappeler des règles qui peuvent avoir été oubliées, conseiller des précautions nouvelles pour qu'on les perde moins facilement de

Digitized by Google

vue, ce n'est faire injure à personne. Rien ne s'insinue aussi subtilement qu'un abus. On peut dire de l'abus ce que Beaumarchais disait de la calomnie : il germe, il rampe, il chemine, et l'on peut ajouter : il finit par se substituer si bien à la règle, qu'il en fait perdre jusqu'au souvenir, et que c'est inconsciemment qu'on cesse de l'observer. Chercher à rendre cet oubli plus rare, ce n'est donc pas dénigrer une profession honorable, mais seulement éclairer sur leurs droits et leurs devoirs les praticiens de bonne foi, (et ils sont incontestablement les plus nombreux), et laisser sans excuse les aveugles volontaires.

Entrons donc, sans crainte de soulever des susceptibilités non justifiées, dans l'examen de notre sujet.

La loi divise les matières contentieuses en deux catégories : les affaires sommaires et les affaires ordinaires. L'art. 404 du Code de procédure civile contient une énumération, que le législateur s'est efforcé de rendre complète, des affaires qui doivent être considérées comme sommaires, et cependant on dispute encore tous les jours pour savoir dans quelle classe rentre tel ou tel procès.

On peut voir dans le dictionnaire de la taxe de Boucher d'Argis, et dans les recueils de jurisprudence, combien sont nombreuses les additions et les modifications que doit recevoir l'art. 404.

Mais ce n'est pas de ces difficultés que nous voulons nous occuper en ce moment; nous ne mentionnons la division des affaires contentieuses en matières sommaires et ordinaires qu'au point de vue des frais.

En matière sommaire, dit le second décret du 16 février 1807, la liquidation se fait au moment même du jugement, afin qu'on puisse l'insérer dans le dispositif.

A cet effet, l'avoué de la partie qui obtient gain de cause, remet au greffier, aussitôt après le prononcé de la décision, son état de frais.

Le greffier le soumet, ou est censé le soumettre au président, qui en autorise l'insertion à la suite de la sentence; si la partie condamnée croit avoir à se plaindre de cette évaluation, son avoué (car c'est à lui seul que la connaissance en est donnée) peut y faire opposition, mais comme il n'a que trois jours pour

Digitized by Google

prendre une détermination à cet égard, il lui est absolument impossible d'avertir son client du recours qu'il se proposerait d'exercer. Il ne peut lui-même agir qu'au hasard, parce que l'état qu'il voudrait critiquer ne lui est ni signifié ni même communiqué par la voie du greffe, et que c'est seulement après l'opposition formée que la communication peut en être demandée (Grenoble, 28 mai 1825).

En matière ordinaire, la liquidation des frais n'est guère moins précipitée ni entourée de plus de garanties.

L'avoué de la partie qui obtient la condamnation, peut, si cela lui convient, présenter sans délai son état de frais au juge taxateur délégué par le tribunal pour cet office. Il y a déjà dans cette délégation, telle qu'on la pratique généralement, un premier désavantage pour le plaideur qui a succombé, car au lieu d'avoir la sauvegarde des lumières présumées du chef de la Compagnie, il doit se contenter du contrôle d'un simple juge, qui est presque toujours le dernier nommé.

Veut-on savoir cependant si la tâche qu'on impose à ce magistrat de la veille est assez simple pour n'exiger ni étude spéciale ni longue expérience :

Ecoutons ce qu'en disent les auteurs les plus accrédités Boucher d'Argis (*Nouveau dictionnaire de la taxe en matière civile*) et Dalloz (*Jurisprudence générale*) :

« De toutes les fonctions des magistrats, la taxe est sans doute « une des plus fatigantes par la minutie des détails ; mais elle « est aussi une des plus utiles ; elle exige des qualités qu'on « trouve rarement réunies dans la même personne. Elle présente « des difficultés nombreuses et compliquées.

« Pour être bon juge taxateur, il faut une longue habitude de « la procédure et une entente parfaite de tous les tarifs. Disons-« le franchement, ces qualités manquent à beaucoup de magis-« trats qui peuvent d'ailleurs être de très bons juges, mais qui « étant entrés dans leur emploi sans avoir été mêlés à la pra-« tique des affaires, ignorent les détours du labyrinthe judi-« ciaire, dont les officiers publics *tiennent habilement le fil.* »

Le législateur a bien pris certaines précautions pour assurer le contrôle du juge taxateur. Mais sont-elles toujours observées ?

Digitized by Google

Les articles 4 et 5 du second décret de 1807 prescrivent au magistrat, d'examiner une à une chaque pièce sujette à la taxe, d'écrire au bas la somme qu'il alloue ; de la certifier par sa signature ; de reproduire la mention de la somme allouée en marge de chaque article de l'état de frais, et de la faire suivre de son paraphe ; le montant intégral de la taxe doit enfin être porté au bas de l'état et signé par le juge et le greffier.

L'aridité de ces détails ne les fait-elle pas souvent négliger? et ne se contente-t-on pas fréquemment du total de la taxe, écrit au bas de l'état, et suivi des signatures du juge et du greffier.

Si l'on procédait toujours régulièrement, pourrait-il arriver que des écritures dont on ne trouve de trace nulle part, ni dans les mains des avoués, ni à l'enregistrement, fussent cependant admises en taxe, et bel et bien imposées au plaideur pour des sommes quelquefois considérables?

Il ne suffit pas de constater l'existence d'un acte de procédure, ni même la faculté que la loi donnait de le faire, il faut encore examiner s'il était réellement utile pour l'instruction de la cause, et rejeter inexorablement tout ce qui paraîtrait hors d'œuvre, et destiné uniquement à augmenter les émoluments de l'officier ministériel.

La taxe est donc incontestablement une opération aussi délicate que laborieuse ; d'où l'on devrait naturellement induire que le législateur a pris soin d'entourer le magistrat qui en est chargé de tous les renseignements propres à éclairer sa décision.

Eh ! bien, il n'en est rien; et tandis que la règle générale de l'instruction des affaires civiles est de procéder contradictoirement, de mettre les parties intéressées en présence l'une de l'autre, et de ne statuer par défaut que si l'une d'elles refuse de se présenter quoique convoquée dans la forme légale, la marche normale, en matière de taxe, consiste à obtenir une décision par défaut, sans appeler la partie adverse, sauf à celle-ci à former opposition si elle se croit lésée.

Ajoutons encore que cette décision peut être rendue avec une telle hâte et que les délais pour l'attaquer sont abrégés à tel point que les plaideurs n'ont pas le temps d'en être informés, et qu'ils sont déchus de tout recours avant d'avoir pu soupçonner

Digitized by Google

l'existence d'une décision qui leur impose peut-être une charge exorbitante.

C'est principalement à ce double point de vue que les décrets de 1807 nous paraissent devoir être modifiés.

Et d'abord, en ce qui concerne l'abréviation excessive des délais, quelles raisons plausibles peut-on alléguer pour justifier une semblable précipitation?

Les procès peuvent, quant au fond, durer des années entières, et tenir en suspens les intérêts les plus graves, sans qu'on y trouve à redire, et c'est seulement quand il s'agit de régler les frais des officiers ministériels que l'urgence apparaît subitement, et que tout doit être réglé du jour au lendemain; le bon sens et l'équité ne sont-ils pas choqués de ce contraste?

Dira-t-on que l'art. 543 du Code de procédure civile impose cette célérité, en ordonnant que la liquidation des frais soit faite, par le jugement même qui les adjuge? Si cette disposition était considérée dans la pratique comme obligatoire, nous proposerions de la changer; mais ce changement n'est pas nécessaire, car on reconnaît unanimement que l'inobservation de l'art. 543 ne vicie pas la procédure, et que son unique effet est de faire appliquer aux matières sommaires le mode de liquidation prescrit pour les affaires ordinaires.

Il reste à la vérité à la partie perdante la ressource de l'opposition.

Voyons quelle sauvegarde offre ce recours.

D'après le décret de 1807, les dépens dans les matières ordinaires sont réglés sur l'état que présente à l'un des juges délégués par le tribunal, l'avoué de la partie qui a obtenu gain de cause.

Ici encore c'est par défaut que le juge prononce. Admettons qu'il remplit exactement toutes les formalités prescrites par les art. 4 et 5 du décret; qu'il vérifie chaque pièce, qu'il la taxe et la paraphe; qu'il répète cette opération en marge de chaque article de l'état; enfin qu'il signe avec le greffier la somme de ses allocations.

Mais tout cela il le fait seul, ou ce qui peut être encore plus périlleux, sur les explications fournies par une seule des parties;

Digitized by Google

et cependant nous venons de voir que ce travail peut être difficile, compliqué, et qu'il exige des qualités rarement réunies, même dans des magistrats d'un vrai mérite.

Ne serait-il pas plus rationnel qu'il n'arrêtât son appréciation qu'en présence du représentant de la partie intéressée à débattre les chiffres portés dans l'état ?

Mais, nous dira-t-on, pour cette liquidation, comme pour celle qui a lieu en matière sommaire, le plaideur n'a-t-il pas le droit de former opposition ?

Répétons d'abord que ce procédé est tout à fait anormal, et qu'une décision par défaut ne devrait jamais être rendue, sans que la partie qu'elle intéresse eût été mise en demeure de se faire représenter.

En second lieu, il ne faut pas perdre de vue que l'état de frais a pour objet de rembourser à l'officier ministériel les avances qu'il a été obligé de faire, ou de fixer la rémunération qu'il prétend lui être due. C'est donc son intérêt personnel qui est en jeu. C'est, de plus, un intérêt de corps, car les réductions qui seraient accordées dans une espèce particulière créeraient des précédents dont les justiciables auraient le droit de se prévaloir dans tous les cas analogues. Ce qui est en question, c'est donc l'intérêt de l'officier ministériel de qui émane l'état des frais, et aussi l'intérêt de la corporation entière, sans en excepter l'avoué à qui écherrait la mission de former opposition. On comprend dès lors avec quelle répugnance ce dernier doit se résoudre à contredire les prétentions de son confrère. Ne suffira-t-il pas le plus souvent qu'il ait un prétexte honnête de s'en dispenser, pour qu'il le saisisse avec empressement.

Or le juge taxateur a été saisi de l'appréciation des émoluments demandés; on doit croire qu'il les a examinés scrupuleusement, et qu'il a rendu sa décision en conséquence.

N'y a-t-il pas dans ce fait, plus qu'il ne serait nécessaire pour colorer l'abstention d'une opposition, de la part de l'avoué adverse? et ne s'estimera-t-il pas heureux de pouvoir éviter, par son silence, le mécontentement de ses confrères et le précédent qu'on pourrait lui opposer plus tard à lui-même ?

Il en serait tout autrement si l'avoué de la partie perdante

Digitized by Google

était appelé à concourir à la liquidation, soit devant le président en matière sommaire, soit devant le juge taxateur dans les affaires ordinaires. L'état de frais n'étant encore en ce moment qu'une simple prétention de l'avoué qui le présente et pouvant être corrigé avec son assentiment, sans un trop pénible échec d'amour-propre, le mandataire de l'autre partie pourrait le contredire sans un trop grand effort d'indépendance et surtout sans se heurter à une décision déjà rendue. Non-seulement il le pourrait, mais il y serait déterminé par la juste appréhension des dommages qu'il encourrait, s'il s'abstenait d'une contradiction qui serait évidemment fondée.

On voit combien cette seule modification de la procédure ajouterait de garanties à l'exécution sincère des tarifs. Mais pour que cette responsabilité fût imposée avec justice à l'officier ministériel, il faudrait lui donner le moyen d'exercer un contrôle sérieux, et d'avertir la partie, qui pourrait, à son tour, si l'objet du débat en valait la peine, consulter son avocat. Il faudrait donc prolonger le délai, accorder huit jours au lieu de trois. En le réglant ainsi, on ne ralentirait certainement pas, d'une manière préjudiciable, cette dernière phase de la procédure, et l'on rendrait véritablement efficace la vérification d'une charge qui peut être écrasante pour les plaideurs.

Mais ce délai de huitaine n'aurait toute son utilité que si l'avoué de la partie gagnante était tenu de déposer au greffe, non seulement l'état des frais rédigé par lui, mais encore toutes les pièces justificatives, c'est-à-dire toutes les écritures soumises à la taxe.

Des vacations seraient allouées à l'avoué du perdant, pour en prendre connaissance et se préparer à le débattre. Mais ces allocations ne seraient pas du nombre de celles qu'on peut regretter parce que plus d'une fois elles amèneraient le redressement d'erreurs qui, sous le régime actuel de l'opposition à la taxe, seraient passées inaperçues.

Après le règlement des frais, il faut voir comment le paiement peut en être exigé. La loi trace pour cela deux modes distincts suivant qu'il s'agit de répéter les dépens contre la partie qui a succombé, ou de demander au client ce dont il est tenu vis-à-vis de son avoué.

UNIV. OF MICH. LAW LIBRARY

Digitized by Google

Dans le premier cas, l'avoué de la partie gagnante présente son état au juge taxateur qui rend au bas de la taxe une ordonnance de paiement appelée *exécutoire* et emportant exécution parée.

Entre l'avoué et son client la procédure est moins sommaire, et l'on en comprend facilement la raison: l'officier ministériel doit, dans ce cas, saisir de sa demande sans préliminiaire de conciliation les juges devant lesquels les frais ont été exposés.

Ces prescriptions résultant de textes formels pourraient paraître inutiles à rappeler; nous les consignons cependant ici, parce que l'on a vu des officiers ministériels exerçant dans de grands ressorts, requérir des ordonnances de taxe contre leurs propres clients en les dissimulant sous la dénomination étrange *d'appert de taxe*. Un changement d'étiquette leur suffisait aussi pour se faire allouer, à titre de *droits d'audience*, le salaire de l'*assistance à des jugements*, quoiqu'il n'y eût que de simples remises de cause pour lesquelles le tarif n'accorde rien en matière sommaire.

La somme portée dans l'exécutoire ou dans la décision rendue en matière sommaire doit être intégralement payée à l'officier ministériel, mais le plus souvent des à-comptes ont été versés durant l'instance par le plaideur entre les mains de son mandataire légal, à titre de provision.

Ces versements sont légitimes même en ce qui touche les émoluments, quoiqu'en général un mandataire ne puisse exiger la rémunération convenue qu'à la fin de sa gestion; mais il fau prendre garde que ces paiements anticipés ne donnent lieu à des abus.

L'art. 151 du tarif oblige les avoués à tenir un registre coté et paraphé par le président du tribunal, et à y inscrire, par *ordre de date* et *sans aucun blanc*, toutes les sommes qu'ils reçoivent de leurs clients.

Aux termes du paragraphe 2 du même article, ils sont astreints à représenter ce registre toutes les fois qu'ils en sont requis et faute de ce faire ils doivent être déclarés non-recevables dans leurs demandes en paiement.

Cette disposition n'a pas cessé d'être obligatoire; la jurispru-

Digitized by Google

dence le reconnaît unanimement. (Voir Orléans, 30 mai 1862, S. 62-2-161 ; Douai, mars, S. 63-2-186).

L'obligation de représenter le registre à toute réquisition semblait être la mesure la plus efficace qui pût être prise, pour en assurer la teuue ; on s'est demandé cependant si ces réquisitions étaient laissées à la discrétion des présidents et des chefs de parquets? Les termes du décret pouvant prêter à équivoque, on en a profité pour faire juger qu'elles n'étaient pas obligatoires (Aix, 2 juin 1883, Dalloz, v° *avoué*, n° 92).

Les motifs allégués sont, il faut en convenir, bien peu sérieux. On a craint, dit-on, qu'elles n'eussent pour résultats de dévoiler sans nécessité les secrets des familles, et que les officiers ministériels ne fussent détournés de leurs occupations par des mandements non justifiés. Nous croyons superflu de réfuter de semblables considérations. C'est tout simplement une tentative d'abrogation de l'art. 151.

Elle a été poussée encore plus loin par la Cour de Colmar ; l'art. 151 (porte un arrêt de cette Cour du 9 juin 1870, S. 70-2-263) dit bien que, faute de représentation du registre, l'avoué sera non recevable dans sa demande en paiement de ses frais, mais on doit sous-entendre : à moins qu'il ne puisse établir la légitimité de son action par d'autres moyens.

Heureusement les autres Compagnies souveraines n'ont point adopté cette singulière interprétation.

La Cour de Douai, dans l'arrêt indiqué ci-dessus, l'a formellement proscrite ; elle a même ajouté que la fin de non-recevoir tirée de l'art. 151 est d'*ordre public* et peut être *proposée pour la première fois en appel.*

Toutefois et malgré cette sage entente, il ne reste pas moins dans l'art. 151 une ambiguité de rédaction que nous voudrions voir disparaître, afin qu'aucun doute ne subsistât plus en ce qui touche le droit des chefs des tribunaux de s'assurer de l'accomplissement d'une obligation si importante.

Elle n'intéresse pas moins, en effet, l'honneur des officiers publics que la bourse des justiciables. Au milieu des occupations multiples qui absorbent l'attention d'un avoué, ne peut-il pas arriver fréquemment qu'il oublie un à-compte reçu, et ne

Digitized by Google

doit-il pas accepter avec satisfaction une mesure qui lui épargne jusqu'à la possibilité de commettre sans le vouloir une exaction. D'un autre côté, la mémoire du client peut être infidèle et lui laisser des doutes sur ce qu'il a réellement compté. L'officier public ne doit-il pas être heureux de pouvoir lui prouver par un registre régulièrement tenu que tout ce qu'il reçoit est toujours exactement inscrit ?

Les avoués se laisseraient d'ailleurs aller à une fâcheuse illusion s'ils s'imaginaient que des règlements amiables, auxquels ils espèreraient pouvoir toujours amener leurs clients, rendraient inutile la tenue du registre. La Cour de Lyon a très bien jugé (S. 59-2-651) que de pareils règlements ne dispensent pas l'avoué de représenter son registre s'il en est requis; et la Cour de Chambéry, que l'approbation donnée par le client à un compte de frais présenté par son avoué ne fait pas obstacle à ce que l'état en soit plus tard exigé et soumis à la taxe (S. 70-2-264).

C'est donc pour l'officier ministériel lui-même le plus sûr moyen de se mettre à l'abri de toute réclamation ultérieure que de faire taxer spontanément son état de frais, et de ne le présenter au client pour en être payé, qu'après l'accomplissement de cette formalité.

On en a vu cependant qui considéraient comme une atteinte à leur délicatesse qu'on les priât de vouloir bien la remplir, et qui menaçaient de poursuites rigoureuses à titre de représailles. Ils auraient pu aller plus loin dans cette voie, et refuser de donner des quittances *sous prétexte qu'ils étaient incapables de se faire payer deux fois.*

Le registre d'émoluments peut être particulièrement utile pour le plaideur qui gagne son procès. Celui qui succombe, ayant à subir la lourde charge des dépens, songe très naturellement à en faire déduire ce qu'il peut avoir payé par anticipation.

Mais est-il également certain que la partie qui obtient gain de cause, et qui n'a plus rien à débourser, songe toujours à répéter les sommes qu'elle avait avancées ? Ne peut-il pas arriver que l'avoué lui-même oublie d'en opérer la restitution, surtout si son registre ne lui remet pas sous les yeux, toutes les provisions qu'il peut avoir reçues ?

Digitized by Google

Cette utilité spéciale du registre est, comme on le voit, tout à fait en dehors d'une action à intenter par l'avoué contre le client, et l'art. 151 laisserait ce dernier sans défense si on ne lui reconnaissait pas la portée absolue que nous lui attribuons, et si on ne lui donnait pas pour sanction le droit de réquisition des magistrats.

La dette du plaideur étant ainsi fixée, il pourrait paraître superflu d'ajouter qu'en l'acquittant intégralement, il n'a plus aucune réclamation à subir de la part de son avoué. Il s'est rencontré cependant des officiers ministériels qui exigeaient encore le paiement des frais dus à l'avoué adverse, et qui en faisaient une condition de la remise des pièces; il est arrivé même que, poussant jusqu'à l'excès le zèle de la confraternité, l'avoué d'appel exigeait qu'on lui présentât la quittance de son confrère de première instance.

De pareils procédés ne sauraient échapper au blâme des magistrats. Le refus de remettre les pièces jusqu'au paiement des frais de la partie adverse serait d'autant plus répréhensible, qu'il pourrait faire écarter par une apparence d'acquiescement des recours qui auraient été sans cela recevables.

Il serait encore plus fâcheux si l'avoué qui aurait obtenu de son client par une exigence illégale, la somme nécessaire pour payer l'avoué adverse, laissait rédiger la quittance de telle manière que l'on pût mettre en doute si c'est lui qui a fait l'avance des deniers ou si c'est le client qui les a fournis.

Le paiement effectué dans les conditions que nous venons d'indiquer doit avoir pour conséquences la remise immédiate du dossier au client. Il n'est besoin ni d'argumentation laborieuse, ni d'autorités à citer pour la démonstration de ce point de droit. Aussi la Cour de cassation s'est-elle contentée de l'énoncer en des termes qui montrent combien elle tient ce devoir pour impérieux.

« Une décision, a-t-elle dit dans un arrêt de 1840 (S. 40. 1. « 510), qui entérine une liquidation de dépens, implique évi- « demment pour l'officier ministériel, l'obligation de remettre les « pièces dès qu'il a été payé; il ne pourrait les retenir sous au- « cun prétexte. »

Digitized by Google

Il n'y aurait d'exception à cette règle que si le dossier avait été confié à l'avoué d'appel par son confrère de première instance sous la condition de le reprendre après l'arrêt, parce que les frais exposés devant les premiers juges n'auraient pas encore été acquittés. Mais pour que cette dispense d'une restitution immédiate fût admise, il faudrait qu'elle fût établie de manière à ne laisser aucun doute.

Ici se présente une difficulté plus importante qu'on ne le croirait au premier abord.

Comment s'assurer que le dossier est rendu complet? Il peut arriver, et il arrive trop souvent, qu'une ou plusieurs pièces ne s'y retrouvent pas, et comme le client ne prévoit point qu'il puisse en avoir besoin de nouveau, il n'insiste pas pour qu'elles lui soient rendues; si cependant elles lui devenaient plus tard nécessaires, à qui pourrait-il les réclamer?

On sait par combien de mains différentes les pièces d'un procès peuvent passer. Il peut y avoir communication à l'avoué de la partie adverse, au ministère public, quelquefois à un rapporteur et enfin au président pour la délibération.

Il n'y aurait certainement rien d'étonnant à ce que, durant toutes ces pérégrinations, quelque papier restât en chemin. Cette éventualité est pour l'officier ministériel un moyen commode d'éluder toute responsabilité. Il rend, peut-il dire, ce qu'on lui a remis; que pourrait-on lui demander de plus? et à l'aide de ce faux-fuyant il peut pallier toutes ses négligences personnelles.

Il ne devrait pas en être ainsi, et le moyen le plus sûr de laisser à chacun (avoué, avocat, magistrat) la responsabilité des pertes qui proviendraient de son fait, serait d'exiger que l'officier ministériel fournît au client un inventaire exact des pièces qu'il en reçoit au moment même où elles lui sont remises. L'obligation de les représenter à la fin du procès, le forcerait à prendre toutes les précautions nécessaires pour que le dossier lui revînt sans lacune, et justifierait auprès de ses confrères et des magistrats les soins qu'il se donnerait pour que rien n'y manquât.

On remarquera que parmi les réformes proposées par nous, ne figure la suppression d'aucun acte de procédure. C'est qu'en effet, il ne nous semble pas que l'on puisse, sans inconvénients, retran-

Digitized by Google

cher quelque chose de l'instruction des procès telle qu'elle est organisée en ce moment.

Comme le disait avec raison au Conseil d'État Napoléon encore consul, la procédure qui peut paraître, à première vue, n'avoir d'autre but que de procurer des émoluments aux officiers ministériels est en réalité la sauvegarde la plus sûre des droits de toute espèce.

Il est cependant quelques-uns de ces actes dont on a souvent et non sans raison signalé l'abus.

Les requêtes en défense, par exemple, que la loi autorise à grossoyer, et qui sont largement rétribuées, peuvent devenir une source de profits illicites, si au lieu de présenter dans un cadre restreint une analyse complète de la cause, et de mettre les magistrats, *qui prennent la peine de les lire*, en mesure de suivre plus facilement les débats oraux, elles ne sont qu'un tissu de divagations et de lieux communs; mais c'est au magistrat taxateur qu'il appartient de réduire l'allocation qu'il accorde, au nombre de rôles qui auraient pu contenir tout ce que la requête renferme d'utile.

Non seulement nous ne demanderions pas une simplification dangereuse de la procédure actuelle, mais nous voudrions que quelques-uns des actes dont elle se compose fussent accomplis d'une manière plus conforme à l'esprit de la loi qui les a prescrits.

L'art. 76 du décret du 30 mars 1808 ordonne aux avoués de signifier leurs conclusions trois jours au moins avant de se présenter à l'audience soit pour poser les qualités, soit pour plaider.

Cette prescription est, à nos yeux, d'une importance capitale et les magistrats qui la négligeraient commettraient, selon nous, une faute grave.

Rien n'est pire dans l'administration de la justice que les surprises qui peuvent embarrasser les plaideurs et tromper les juges.

Si l'usage de procéder par des sortes de coups de théâtre s'introduisait dans la marche des affaires, si l'on pouvait dissimuler jusqu'à la dernière heure un document, un fait, un moyen de droit important, toute sécurité disparaîrait pour les justiciables;

Digitized by Google

ce serait le hasard qui déciderait de l'issue des procès. Les officiers ministériels qui se feraient une habitude de ces procédés, pourraient obtenir une notoriété de mauvais aloi, accroître leur clientèle, augmenter leurs bénéfices, mais la confiance et par suite le respect que doivent inspirer les décisions judiciaires en recevraient de funestes atteintes.

Vainement on répondrait que la partie adverse n'a qu'à demander le renvoi quand elle n'est pas préparée à répondre immédiatement à un moyen imprévu. Cette sauvegarde est illusoire ; l'avocat qu'on cherche à surprendre reculera le plus souvent devant cette sorte d'aveu d'un savoir incomplet ou d'une facilité douteuse. Il pourra même arriver que sous l'empire de l'amour-propre, il estimera insignifiants des moyens nouveaux qui exerceront peut-être une influence décisive sur le sort du procès.

On éviterait ces dangers, en ordonnant que la production à à l'audience d'un moyen qui n'aurait été indiqué dans aucune des conclusions signifiées trois jours *au moins avant les plaidoiries*, entraînerait *de plein droit* le renvoi à quinzaine ; il devrait même être loisible au tribunal, quand les moyens nouveaux paraîtraient avoir une grande importance, d'ordonner la radiation de la cause, et de n'admettre son inscription nouvelle qu'aux frais de l'avoué.

Mais, dira-t-on, peut-il être interdit aux hommes d'affaires, et même aux justiciables d'examiner jusqu'au dernier moment un procès sous toutes ses faces, et si un aspect nouveau leur apparaît, même durant les débats, peuvent-ils raisonnablement être empêchés de les faire valoir ? Non sans doute, mais l'étude qui fait découvrir ces moyens nouveaux pouvait être faite trois jours avant l'audience aussi bien que la veille ou le jour même de l'andience, et le retard qu'on a mis à le faire connaître est très justement suspect de parti-pris destiné à surprendre l'adversaire et le tribunal ; il est donc parfaitement légitime que la justice se tienne en garde contre de pareils procédés.

H. LESPINASSE.

Digitized by Google

QUELQUES MOTS SUR LE FONDEMENT DE L'EXCEPTION DE GARANTIE,

Par M. Félix Morzau, agrégé à la Faculté de droit d'Aix.

1. La garantie, d'après une notion traditionnelle et admise sans discusion, oblige celui qui la doit : d'une part, à respecter les droits qu'il a lui-même constitués; d'autre part, à défendre en justice son ayant-cause contre les prétentions des tiers, à l'indemniser si ces prétentions sont reconnues bien fondées et triomphent. On dit communément [1] qu'elle a trois chefs : s'abstenir de troubler, — défendre contre le trouble causé par autrui, — indemniser en cas d'éviction; — et qu'elle engendre au profit de l'ayant-cause une action pour demander protection ou indemnité, une exception pour repousser la revendication exercée par celui qui doit garantie. D'où la distinction de l'action en garantie et de l'exception en garantie; — celle-ci absolument différente, je n'ai pas besoin de le dire, de l'exception connue en procédure sous le même nom.

2. Ces deux moyens de droit — action et exception — sont en général considérés comme la mise en œuvre d'une seule et même obligation : la garantie, comme fondés sur la même base juridique, comme deux branches issues d'un même tronc. Et de là les brocards bien connus, — auxquels d'ailleurs on fait dire, je crois, bien autre chose que ce qu'ils veulent exprimer : — Qui doit garantie ne peut évincer; *quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio.*

Je veux essayer de montrer que cette solidarisation, acceptée généralement, entre l'action et l'exception de garantie n'est pas fondée; que ces deux voies de droit, loin d'avoir la même base juridique, sanctionnent deux obligations nettement distinctes dans leur nature et leur fondement.

La preuve peut s'en faire soit indirectement, en montrant qu'il y a des cas où l'exception existe sans l'action; soit directement en faisant voir à quelles idées se rattachent l'une et l'autre.

[1] V. par ex. Demante et Colmet de Santerre sur l'art. 1625, t. VII, p. 61 *bis*, III, p. 85.

Digitized by Google

I

3. Et d'abord il y a des cas où l'exception existe sans l'action.

Il me sera permis, j'espère, afin de simplifier le langage, de dire que l'opinion générale reconnaît l'existence de l'obligation de garantie comme suite des contrats à titre onéreux et refuse cet effet aux contrats à titre gratuit, et de laisser de côté les difficultés auxquelles pourrait donner lieu cette terminologie appliquée par exemple à la constitution de dot. On m'accordera que ces difficultés n'intéressent pas le sujet que j'ai en vue, puisque les caractères spéciaux de la constitution de dot, et notamment la garantie qu'elle engendre, sont commandés par des idées très-connues et sur lesquelles je n'ai pas à m'expliquer.

On dit couramment que l'acheteur a droit à la garantie et que le donataire n'y a pas droit, sans plus de précision.

Si j'arrive à démontrer que l'exception de garantie existe dans la donation qui, en règle très-générale, ne donne pas droit au recours en garantie, j'aurai par là-même prouvé, indirectement mais sûrement, que l'exception et l'action ne sont pas inséparables, que par conséquent elles doivent se rattacher à des notions juridiques essentiellement différentes, à préciser ultérieurement.

4. Voyons donc si l'exception de garantie existe au profit du donataire.

Prenant la formule classique, je dirai : pour que la question se pose, il faut que dans la même personne viennent se réunir les deux qualités, jusqu'alors séparées, de propriétaire de la chose donnée et de donateur ou héritier de celui-ci.

Or ce résultat peut se produire dans deux ordres d'hypothèses.

5. Pierre a donnée à Paul l'immeuble A, qui au moment de la donation appartenait à Primus; ensuite Pierre est devenu propriétaire de l'immeuble A par voie de succession ou d'achat par exemple. Pierre invoquant son titre nouveau, Paul peut-il repousser la revendication en se fondant sur la donation à lui consentie par Pierre lui-même?

Les principaux auteurs de notre ancienne jurisprudence déclaraient le donateur non recevable à revendiquer. Pothier s'en

Digitized by Google

explique formellement à plusieurs reprises [1]. Il en donne pour motifs que « s'il (le donateur) ne s'est pas obligé *præstare donatoris rem habere licere*, au moins il est censé s'être obligé *præstare per se non fieri quominus haberet;* » que « en donnant il est censé avoir cédé tout le droit non seulement qu'il avait, mais qu'il pourrait avoir un jour; » — motifs d'ailleurs, dont l'un est au moins contestable.

6. De nos jours encore, les auteurs (ils ne sont pas nombreux, il est vrai) qui traitent la question admettent en général la même solution [2]. Il y a cependant des divergences. M. Bayle-Mouillard [3] admet le donateur à revendiquer lorsqu'il a acquis à titre onéreux. MM. Audibert [4] et Trolley [5] l'admettent dans tous les cas sans distinguer.

Ces auteurs réfutent aisément l'un des motifs donnés par Pothier à l'appui de sa solution. « Dira-t-on avec Pothier, écrit M. Audibert, que le donateur a pu et doit être censé avoir voulu renoncer en faveur du donataire à tous les droits qui pourront un jour lui appartenir dans la chose donnée? Mais il ne peut pas subordonner l'effet de la donation à la condition qu'il deviendra propriétaire sans se réserver la faculté de donner ou de ne pas donner, suivant qu'il acquerra ou refusera d'acquérir... Si ma seule volonté est impuissante à vous rendre propriétaire en vertu de la donation, elle suffit à vous empêcher de le devenir. La donation ne peut donc échapper à la prohibition de l'art. 944. »

M. Audibert se fait la part belle lorsqu'il suppose que le donateur subordonne l'effet de la donation à la condition qu'il deviendra propriétaire. On peut admettre que le donateur a, sciemment ou non, donné la chose d'autrui sans la qualifier telle et sans exprimer la condition qu'il en deviendra propriétaire.

[1] Introd. au tit., XV, de la *Coutume d'Orléans*, n° 66; *Traité des donations entre-vifs*, sect. III, art. 1, § 1.

[2] Demolombe, t. XX n° 554; Laurent, t. XII, n° 391; Arntz, t. I, n° 1886; Dalloz, *Jurispr. gén.*, v° Dispositions entre-vifs, n° 1711; Labbé, *Revue Pratique*, 1875, t. XL, p. 162.

[3] Sur Grenier, *Traité des donations entre-vifs*, t. I, n° 97, note *c*.

[4] Thèse pour le Doctorat, Lyon, 1878, p. 231-3.

[5] Thèse pour le Doctorat, Caen, 1871, n° 177.

Digitized by Google

Mais au moins est-il exact que le donateur, en admettant qu'il se soit dépouillé même expressément de tous ses droits actuels et futurs, reste le maître de ne laisser aucun effet à sa renonciation quant aux droits futurs, en refusant d'acquérir. Et le donataire ne saurait trouver dans ce refus le principe d'une action en dommages-intérêts, action qui équivaudrait à une action en garantie à laquelle il n'a pas droit. En effet l'action ne pourrait être fondée sur un tel refus qu'à raison du danger d'une éviction provoquée par celui qui a acquis au défaut du donateur, — or l'éviction, fût-elle consommée, ne donnerait aucun droit au donataire.

Tout au plus y aurait-il lieu à dommages-intérêts si le donateur avait refusé d'acquérir dans l'intention de porter préjudice au donataire; mais, dût-on accepter cette solution, il y aurait au moins à rechercher quelle était la cause d'acquisition proposée au donateur, dans quelles circonstances elle lui était offerte, s'il n'avait pas un intérêt sérieux à la repousser. D'ailleurs, en supposant démontrée l'intention frauduleuse du donateur, le droit du donataire serait né du dol, d'un délit civil, et ne serait pas, comme la garantie, une conséquence naturelle du contrat. Dira-t-on, comme je le ferai moi-même, que tous les contrats sont de bonne foi ? Je répondrai qu'il ne s'agit plus ici de l'exécution du contrat, mais d'un fait positif, postérieur et distinct.

7. Aussi abandonnerai-je cet argument de Pothier.

L'autre est beaucoup plus concluant. Le donateur ne s'oblige pas *præstare donatoris rem habere licere*, il ne s'engage pas (j'aurai à dire pourquoi) à protéger le donataire contre toute attaque venue des tiers; mais n'est-il pas tenu au moins *per se non fieri quominus haberet*, de respecter la situation qu'il a créée lui-même ? Il est impossible de décider autrement. Il faut bien admettre que le donateur, en faisant la donation, a voulu faire quelque chose; or le moins qu'il pût faire, c'était de s'obliger à ne pas troubler le donataire. On ne peut soutenir qu'il n'avait pas la pensée de contracter cette obligation; de deux choses l'une, ou le donateur est de bonne foi, croit que la chose lui appartient, et alors il a bien entendu laisser intact le droit du donataire; dira-t-on que s'il avait su n'être pas propriétaire, il

Digitized by Google

n'aurait pas donné ? Mais en ce cas la question se transforme et jusqu'à ce qu'il soit démontré que cette erreur vicie le contrat, il faudra tenir le donateur pour obligé à ne pas troubler le donataire ; si cette preuve est faite, il n'y a plus de contrat valable et il n'y a plus de question; mais elle ne peut pas être faite, parce qu'une telle erreur ne présente pas les caractères exigés par l'art. 1110. En somme d'ailleurs, il s'agit d'interpréter une volonté, et si elle est susceptible de deux sens, il faut l'entendre plutôt dans celui où elle peut avoir quelque effet, que dans celui où elle n'en pourrait avoir aucun (art. 1157).

Le donateur est-il de mauvaise foi, sait-il que la chose ne lui appartient pas ? On peut soutenir qu'il n'a pas entendu contracter l'obligation dont j'ai parlé: mais sera-t-il moins tenu de ne pas troubler l'acheteur ? Nullement; comment pourrait-il ne pas l'être, alors que ce résultat ne serait possible qu'à la condition d'invoquer sa mauvaise foi ? Ce dol, qui pourrait être la source d'une action en dommages-intérêts, ne peut pas l'affranchir de l'obligation où il est de respecter le droit qu'il a constitué.

On le voit donc, pour que la donation ait un sens, il faut ou que le donateur ait voulu s'obliger sérieusement, ou qu'il ait voulu faire une mauvaise plaisanterie au donataire. Dans l'un et l'autre cas, il est tenu de son fait personnel.

8. L'argumentation qui précède est indépendante de la question de savoir si l'acquisition par l'aliénateur de la propriété de la chose aliénée rend l'acquéreur immédiatement et *ipso facto* propriétaire. Pour ceux qui résolvent affirmativement cette dernière question, celle que j'examine est toute tranchée. Pour ceux qui la résolvent négativement, ils devront encore adopter le raisonnement que je viens d'exposer et qui repose exclusivement sur ce principe de droit que chacun est responsable de son fait personnel. Cette responsabilité est le minimum des obligations que peut engendrer un contrat; l'art. 1628 le prouve : le vendeur, même au cas de stipulation de non-garantie, est au moins tenu de celle qui résulte de son fait personnel; toute convention contraire est nulle. Prétendre que le donateur n'est pas tenu de ne pas troubler le donataire, c'est prétendre qu'il n'est pas obligé, que par suite la donation n'existe pas; — je dirai qu'on

Digitized by Google

a essayé de le prétendre, sinon de le démontrer, et j'aurai à m'expliquer sur ce point pour compléter ma démonstration.

9. Aux raisons données par Pothier, j'ajouterai — et cette considération va accroître singulièrement la force de l'argument qui précède — que la donation engendre à la charge du donateur l'obligation de délivrer la chose donnée, C'est là un point sur lequel anciens et modernes sont d'accord [1]. Si le donateur est tenu de délivrer, comment pourrait-il revendiquer la chose même, objet de son obligation ? De deux choses l'une en effet : ou la chose n'a pas été délivrée, ou elle a été délivrée au donataire avant l'acquisition de la propriété par le donateur. Si elle n'a pas été délivrée, comment le donateur pourrait-il se refuser à la livrer ? L'admettrait-on à prétendre qu'il peut se soustraire à son obligation précisément parce qu'il est en mesure de l'exécuter complétement ? Et si elle a été délivrée, se peut-il que le donataire qui a réclamé l'exécution immédiate du contrat soit pour prix de sa vigilance moins bien traité que s'il avait été négligent ? En droit, d'ailleurs, où est la raison qui permettrait de distinguer entre les deux hypothèses ?

10. Ces raisons sont irrésistibles; aussi n'a-t-on pas tenté de les réfuter directement; on a mieux aimé contester la validité même du contrat de donation.

On part de ce principe « que la loi prohibe toute convention par laquelle on dispose sans droit de la possession d'une chose appartenant à autrui [2]. » Dès lors, ajoute-t-on, la donation d'une *res aliena* ne peut avoir d'autre effet que d'obliger le donateur à transférer la propriété. Or une telle obligation, quand le donateur ne s'est pas expressément obligé à garantie, ne peut faire l'objet d'une donation, à cause de la règle de l'irrévocabilité. En effet non seulement on ne se dessaisit de rien, mais on ne crée à sa charge aucune obligation en exécution de laquelle

[1] Ferrière, *Introd. à la Pratique*, v° Donations; Domat, *Lois civiles*, Ire partie, tit. X, nos 2 et 4; Ricard, *Traité des donations*, 1ere partie, chap. IV, sect. 2, dist. 1, n° 946; Furgole, *Traité des donations*, t. I, p. 108; Coin-Delisle, art. 938, n° 5; Baudry-Lacantinerie, t. II, n° 456; Demolombe, t. XX, n° 542; Demante et Colmet de Santerre, t. IV, p. 186, n° 77; Arntz, t. I, n° 1885.

[2] V. Audibert, *loc. cit.*

Digitized by Google

on puisse être poursuivi; le donataire n'a aucun droit, puisque, fût-il évincé ou même ne reçût-il rien, il ne pourrait élever aucune réclamation. Or la donation par laquelle on ne se dépouille pas actuellement et irrévocablement n'est pas une donation.

Cette argumentation est inacceptable. On remarquera en effet qu'elle repose sur une série de pétitions de principes. On affirme que la loi prohibe toute convention par laquelle on dispose sans droit de la possession d'une chose appartenant à autrui; on affirme que le donateur ne se dessaisit de rien, qu'il ne contracte aucune obligation; on affirme que le donataire n'a aucun droit. Puis la pétition de principe se complique d'un cercle vicieux, et après avoir affirmé que la donation n'est pas valable parce qu'elle n'engendre aucun effet compatible avec son irrévocabilité, on en conclut que l'obligation de transférer la propriété d'une *res aliena* ne saurait faire l'objet d'une donation nulle *ipso facto*.

Le cercle vicieux se réfute par lui-même.

Les pétitions de principes se réfutent par ce qui précède. On aurait dû au moins essayer de démontrer que le donateur ne s'oblige pas, ne se dessaisit pas. J'ai fait voir, — allant au devant de l'argument que j'examine, — que le donateur s'oblige. Avec ma solution, il se dessaisit irrévocablement; et pour la réfuter il ne suffit pas de dire — nouveau cercle vicieux — que le donateur ne se dessaisit pas, donc il peut revendiquer, et que, puisqu'il peut revendiquer, il ne se dessaisit pas.

11. Encore un mot sur ce sujet. Le donataire, dit-on, n'a aucun droit, parce que, fût-il évincé, il ne pourrait élever aucune réclamation. Ici apparaît la confusion, que j'ai signalée et sur laquelle je reviendrai, entre l'action et l'exception, et la fausse interprétation des brocards cités. La conclusion n'est nullement contenue dans les prémisses. De ce que celui qui doit garantie ne peut évincer, il ne s'ensuit pas que quiconque ne doit pas garantie puisse évincer, que celui qui ne peut agir en garantie soit sans droit. Et par exemple, dira-t-on de l'acheteur qui a expressément renoncé à la garantie qu'il n'a aucun droit?

12. Je viens de parler de la vente où une clause spéciale affranchit le vendeur de la garantie. J'aurais pu prendre cet

Digitized by Google

exemple comme un des cas où l'exception existe sans l'action en garantie. J'ai mieux aimé choisir l'exemple de la donation où la question se pose dégagée des stipulations des parties contractantes.

13. Faut-il maintenant se placer sur le terrain de l'équité, invoquer la volonté des parties? Le donateur qui ne s'est pas obligé à garantie n'a-t-il pas voulu simplement livrer la possession d'une *res aliena?* Je répondrai qu'il n'est pas besoin d'une stipulation formelle pour rendre le donateur responsable de son fait personnel, ce qui est notre cas; qu'on ne saurait d'ailleurs présumer chez le donateur la pensée presque ridicule, sinon malveillante, de donner la possession d'une *res aliena* sans contracter une obligation quelconque; qu'enfin, eût-il cette pensée, il ne saurait s'affranchir de la responsabilité qui lui incombe à raison de son fait personnel.

Dira-t-on qu'on exagère les obligations du donateur en lui faisant perdre le bénéfice d'une acquisition qu'il n'a peut-être pas réalisée gratuitement et qu'on arrive à lui faire donner deux fois ce qu'il n'a voulu donner qu'une [1]? Je répondrai que le donateur a vraisemblablement voulu s'appauvrir, se dépouiller comme dit l'art. 894; que d'ailleurs il ne donne pas deux fois, puisque lors de la donation il n'a rien aliéné, et qu'en définitive la valeur de la chose donnée ne sort qu'une seule fois de son patrimoine.

Enfin, pour rester dans cet ordre d'idées, je dirai avec M. Demolombe que « ce qui répugne vivement, c'est qu'un donateur puisse, en achetant la chose qu'il a donnée, se procurer le moyen d'évincer lui-même le donataire. »

14. Ainsi dans l'hypothèse où c'est le donateur qui devient après coup propriétaire de la chose donnée, il est à la fois conforme au droit et à l'équité de lui refuser la revendication contre le donataire. Il n'est d'ailleurs d'aucun intérêt que le donataire ait acquis à titre gratuit ou à titre onéreux; les raisons qui me décident sont exclusives de toutes distinction de ce genre.

15. Faut-il admetttre la même solution dans le second ordre d'hypothèses, celles où c'est le propriétaire de la chose donnée

[1] V. Audibert, *loc. cit.*

Digitized by Google

qui succède *in universum jus* au donateur. Je le pense avec M. Laurent [1]. Pothier était d'un avis contraire. « De ce que le donateur n'est pas tenu à la garantie, il s'ensuit que lorsque quelqu'un a donné la chose d'autrui, le vrai propriétaire de la chose, quoiqu'il soit devenu l'héritier du donateur ne laisse pas d'être recevable à la revendiquer de son chef, car sa qualité d'héritier du donateur ne l'oblige pas de faire cesser cette demande, puisque le donateur lui-même, s'il vivait, ne serait pas obligé à la faire cesser [2]. »

On s'explique difficilement cette distinction entre le donateur et son héritier. Les obligations passent aux héritiers, à moins qu'elles ne soient purement personnelles à celui qui les a contractés; or ce caractère ne saurait appartenir à une obligation qui, comme on l'a vu, est de la nature même du contrat.

Je n'insisterai pas davantage sur une démonstration qui pourrait paraître superflue; il me suffit d'avoir montré qu'il y a un ordre d'hypothèse au moins où l'exception de garantie existe sans l'action.

II.

16. Voilà donc des cas où l'exception existe sans l'action. Comment les expliquer quand on solidarise ces deux moyens de droit? Cela est visiblement impossible. On est bien forcé de reconnaître qu'il faut les distinguer l'une de l'autre, et je passe ainsi à la preuve directe que j'ai annoncée et qui ressort d'une analyse attentive de l'exception et de l'action de garantie.

17. Si on recherche l'idée qui sert de base au recours en garantie, à l'action, on reconnaîtra que c'est une idée d'égalité, plus ou moins réelle, mais recherchée par les parties; ou, si l'on veut, l'idée que l'un n'a mis une valeur dans le patrimoine de l'autre que sous la condition d'en recevoir une valeur par lui acceptée comme équivalente. L'acheteur évincé se retourne contre le vendeur pour lui dire : si vous conserviez le prix alors que par votre faute la chose m'a été enlevée, vous réaliseriez un pur bénéfice grâce à un contrat par lequel j'ai entendu obte-

[1] T. XII, n° 391.

[2] *Traité des donations entre-vifs, loc. cit.*

Digitized by Google

nir l'équivalent de mon prix, et non pas vous enrichir gratuitement. Ce résultat serait manifestement contraire à notre intention commune; pour rétablir l'égalité, remettez-moi dans la situation où j'étais avant d'avoir contracté avec vous.

Et qu'on n'objecte pas que ce raisonnement ne suffit pas pour expliquer la faculté qui appartient à l'acheteur actionné en revendication d'appeler le vendeur à son recours; qu'il faut bien alors invoquer l'idée que j'attribuerai dans un moment pour base à l'exception de garantie, à savoir la nécessité de respecter les droits qu'on a constitués. D'abord autre chose est respecter soi-même, autre chose faire respecter par les autres les droits en question. Mais aussi l'acheteur n'a même pas à tenir ce raisonnement; il dira seulement qu'il vaut mieux prévenir le mal que le réparer, et que le vendeur n'a à l'indemniser que s'il lui est impossible d'empêcher l'éviction et d'exécuter le contrat lui-même.

18. Il est vrai que l'acheteur peut réclamer des dommages-intérêts en outre du prix. Dès lors le raisonnement ci-dessus ne suffit plus; il faut ajouter que « l'acheteur a dû compter sur les avantages que lui assurait la vente [1] »; et dire, en élargissant la formule précitée, que l'acheteur a entendu, moyennant le prix stipulé, acquérir une situation considérée par les contractants contre la contre-partie de ce prix, et dont par suite il peut exiger l'équivalent en argent, si elle ne lui est pas maintenue. Au fond d'ailleurs l'idée qui régit cette nouvelle formule est toujours celle de réciprocité, d'échange de valeurs, d'impossibilité de séparer les deux résultats, corrélatifs dans leur commune intention, poursuivis par les parties. Comme le dit Demante, l'action en garantie repose sur le principe général qui, dans tout contrat synallagmatique, autorise la partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté à demander la résolution avec dommages-intérêts.

19. Est-ce la même idée qui inspire l'exception de garantie ? Non; l'idée de valeurs équivalentes aliénées et acquises par l'un et l'autre patrimoine n'a rien à faire; ce qui résulte de cette idée, c'est que le patrimoine qui n'a rien aliéné ne peut garder ce qu'il a acquis sans cause. Qu'importe ici ? La question est de

[1] Demante et Colmet de Santerre, t. VII, n° 66.

Digitized by Google

savoir si celui qui a créé une situation peut la détruire, si celui qui a constitué un droit peut le méconnaître. Pour la résoudre négativement, il n'est pas nécessaire de rechercher si on a reçu ou non l'équivalent de ce qu'on a aliéné : il suffit de constater que cette prétention est contraire à la bonne foi et méconnaît la convention, il suffit de rappeler ces règles de droit fondamentales énergiquement formulées dans l'art. 1134, C. civ. : les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, elles doivent être exécutées de bonne foi. A ce point de vue on comprend qu'il n'y a aucune distinction à faire entre les contrats à titre gratuit et les contrats à titre onéreux ; l'idée d'équité est toujours la même. Dans l'un et l'autre cas, la convention doit être exécutée loyalement, et c'est manquer à la bonne foi que d'en empêcher l'effet quand on est soi-même l'auteur. Chacun est responsable de son fait personnel; c'est là, je l'ai dit, et l'art. 1628 l'atteste, le minimum des obligations.

20. N'est-ce pas aussi une idée d'équité qui régit l'action en garantie? Assurément, mais comme les circonstances ont changé, l'équité exige quelque chose de plus; ce serait vraiment abuser de la généralisation que de confondre l'exception et l'action de garantie sous prétexte que l'une et l'autre reposent sur l'équité.

21. En deux mots l'exception de garantie se rattache à l'idée de contrat, l'action en garantie se rattache à l'idée de contrat à titre onéreux. Cette différence suffit à expliquer comment on trouve des cas où l'exception existe sans l'action; mais sans elle pas d'explication possible.

III.

22. Se demandera-t-on maintenant l'intérêt pratique de cette discussion? J'avouerai franchement que je n'en ai pas cherché. Il m'a semblé qu'une rectification dans une notion juridique a toujours sa valeur, alors même qu'elle serait sans conséquence pour la pratique des affaires.

J'ajouterai que cette séparation entre l'action et l'exception aidera à résoudre certaines questions qui ne sont embrouillées que grâce à la solidarisation de ces deux moyens de droit : pour

Digitized by Google

ne citer qu'un exemple, les interminables discussions que soulève la question de la divisibilité ou de l'indivisibilité de la garantie.

IV.

23. Enfin les notions que je viens d'exposer sont-elles nouvelles? Dans leur application peut-être; en elles-mêmes, non. Qu'on lise les auteurs qui, à l'occasion de la vente, traitent de la garantie, et on les verra invoquer pour l'action et pour l'exception les idées que je me suis attaché à séparer. C'est cette séparation qui n'apparaît pas d'une manière assez nette; on invoque souvent, pour justifier l'exception, les raisons qui ont fait donner l'action et réciproquement. Confusion! confusion que ces quelques pages ont pour but de faire cesser.

24. Elle s'explique d'ailleurs fort aisément cette confusion. C'est surtout à l'occasion de la vente qu'on s'occupe de la garantie; or la vente joint au caractère de contrat qui engendre l'exception de garantie, le caractère de contrat à titre onéreux qui engendre l'action. En sorte qu'il était sans inconvénient d'une part, et d'autre part plus commode de grouper sous une appellation commune et l'exception et l'action. En sorte aussi que sont pleinement vrais de la vente les brocards déjà cités. Mais il ne faut pas leur donner plus de valeur qu'à la constatation d'un simple fait, d'une pure coïncidence, et surtout il ne faut pas leur faire dire que réciproquement celui qui n'est pas tenu de l'action en garantie peut évincer. Oui, il est vrai que celui qui doit garantir ne peut évincer; mais que conclure de là? Rien, parce qu'il n'y a aucune relation de cause à effet entre les deux faits ainsi rapprochés, mais, on l'a vu, nullement inséparables. Si je m'avisais de formuler le brocard suivant : qui est descendant est héritier, on ne pourrait sans erreur le retourner et dire qui est héritier est descendant. C'est là pourtant l'opération illégitime qu'on fait subir aux brocards relatifs à la garantie. Qu'on essaie de retourner ainsi les brocards les plus incontestables, et on verra à quelles erreurs on sera conduit.

25. C'est pour cela aussi qu'il est très mal choisi ce nom d'exception de garantie donné au moyen de défense que possède un ayant-cause contre la revendication exercée par son auteur. Il

Digitized by Google

s'agit bien plutôt d'une exception de dol. Telle était en effet la doctrine romaine, dont on ne m'accusera pas d'avoir abusé dans l'exposé qui précède. Je veux pourtant en terminant me placer sous le patronage de cette haute autorité juridique. Voici ce que nous dit Ulpien [1] : « Vindicantem venditorem rem quam ipse « vendidit, exceptione doli posse summoveri nemini dubium « est, quamvis alio jure dominium quæsierit : improbe enim rem « a se distractam evincere conatur. » Telle est bien, il me semble, la doctrine que je formulais tout à l'heure. Le jurisconsulte romain ne rappelle pas que le vendeur est tenu de la garantie en cas d'éviction, il constate seulement que le vendeur agit déloyalement en revendiquant la chose qu'il a vendue. Or le vendeur [2] est tenu de trois obligations : garantie, — délivrance, — absence de dol. C'est de la troisième et non de la première que naît l'exception de dol, et par conséquent l'exception de garantie en droit romain. Je prétends que le droit français n'a rien changé à ces notions élémentaires, et comme tous les contrats sont aujourd'hui de bonne foi, il est logique que tous sans distinction donnent lieu à l'exception de garantie. Telle est, comme je l'ai dit, la conséquence de l'art. 1134, al. 3 : les conventions doivent être exécutées de bonne foi.

Les textes romains me fournissent encore la confirmation de la solution que j'ai donnée pour la donation, en même temps que du fondement que j'ai assigné à l'exception de garantie. Je puis me borner à transcrire ici deux fragments du Digeste qui sont décisifs.

« Ad res donatas edictum ædilium curulium non pertinere di- « cendum est : etenim quid se restituturum donator repromittit, « quando nullum pretium interveniat? Quid ergo si res ab eo cui « donata est, melior facta sit? Numquid quanti ejus qui meliorem « fecit interest, donator conveniatur? Quod minime dicendum « est, ne eo casu liberalitatis suæ donator pœnam patiatur; itaque « si qua res donetur, necesse non erit ea repromittere, quæ in « rebus venalibus ædiles repromitti jubent. Sane de dolo donator « obligare se debet et solet, ne quod benigne contulerit fraudis « consilio revocet [3].

[1] L. 17, *D. De evict.*, 21, 2.
[2] L. 1, D. *De rer. perm.*, 19, 2.
[3] L. 62, D. *de æd. ed.* 21, 1.

Digitized by Google

« Labeo ait : Si quis mihi rem alienam donaverit inque eam « sumptus magnos fecero, et sic evincatur, nullam mihi actionem « contra donatorem competere. Plane de dolo posse me adver- « sus eum habere actionem, si dolo fecerit [1]. »

FÉLIX MOREAU.

BIBLIOGRAPHIE.

PRÉCIS DE DROIT ROMAIN,

Contenant, avec l'exposé des principes généraux, le texte, l'explication, la traduction des Institutes de Justinien, etc.,

Par M. C. ACCARIAS, Professeur à la Faculté de droit de Paris, Inspecteur général des Facultés de droit.

Quatrième édition, corrigée et notablement augmentée, tome Ier [2].

Compte rendu par M. Henry MONNIER, Professeur agrégé à la Faculté de droit de Bordeaux.

Pendant son voyage en Paradis, Dante rencontre au ciel de Mercure [3] un personnage fort obligeant qui lui parle de Rome, de ses lois, du *Corpus juris civilis*, de beaucoup d'autres choses encore, et prend enfin congé du poète en déclinant ses noms et qualités : c'est l'empereur Justinien.

On trouvera peut-être aujourd'hui que Justinien ne méritait guère le Paradis, — j'entends celui du Dante, — pour avoir découpé dans les écrits des juristes romains les cinquante livres du Digeste. Si tant de questions sont obscures, si, après tant de siècles d'efforts passionnés, la composition d'un traité de droit romain est encore une tâche malaisée, à qui la faute, sinon à l'empereur byzantin? « Justinien n'est-il pas quelque peu responsable de la perte de tant d'ouvrages qu'il a cru ou réussi à faire croire inutiles [4] ? » Pour retrouver le droit romain et se guider parmi

[1] L. 18, § 3, D. *de don.* 39, 5.

[2] 1 vol. in-8, 1886, Paris, F. Pichon.

[3] *Divina Commedia*, c. VI, v. 30; un peu mieux placé, dans la sphère du soleil, se trouve Gratien, c. X, en compagnie de Boëce, Saint-Thomas d'Aquin, Isidore de Séville, etc.

[4] *Précis*, p. 78, n. 1. — Le procès de Justinien et de Tribonien est fait de la plus curieuse manière dans le livre d'un avocat napolitain qui a pour titre : *Respublica jurisconsultorum*, édit. 2a, *Lipsiæ*, 1733, p. 415 et s. Naturellement Hotomann fait fonction d'accusateur public, le glossateur poëte Cyno da Pistoia défend les accusés.

Digitized by Google

les ruines, il ne reste plus guère que des fragments recueillis sans goût, entassés sans ordre, souvent inutiles. C'est beaucoup, et c'est peu. C'est beaucoup, car la vie s'épuise à lier connaissance avec dix ou douze mille textes; c'est peu, car l'œuvre des commissaires impériaux, insuffisante pour le droit classique, n'apprend rien ou presque rien sur l'histoire des institutions. Aux orateurs, aux poètes, aux philosophes, aux historiens, de combler les lacunes des livres de droit. Et par là s'augmente la difficulté de nos études. Celui qui entreprend une synthèse du droit romain doit être avant tout un jurisconsulte, mais sa peine sera stérile, s'il ne possède encore cette riche culture littéraire qui seule peut donner l'intelligence et le sentiment des choses de l'antiquité. M. Accarias unissait à de rares connaissances juridiques un savoir littéraire plus profond que celui du commun, d'où le succès si vif et si durable qu'obtint le *Précis de Droit romain.*

Dans ce compte rendu, je n'ai pas à présenter aux lecteurs l'ouvrage de M. Accarias. Tous le connaissent. J'ai seulement à les entretenir de la quatrième édition du tome Ier.

Ni la méthode, ni le plan n'ont été modifiés.

La méthode est toujours cette méthode historique que l'auteur a décrite dans sa belle *Introduction générale.*

Quant au plan, dans ses grandes lignes, c'est celui des Institutes. Il a des inconvénients que M. Accarias connaît fort bien, mais il a l'avantage de répondre aux programmes de chaque examen[1]. A la rigueur, un changement important devenait possible, du moment que l'auteur rattachait au tome Ier les successions *ab intestat.* M. Accarias aurait pu, comme tant d'autres, placer les successions légitimes avant les successions testamentaires. Il ne l'a pas voulu. Pourquoi, en effet, abandonner une méthode « qui réfléchit très exactement les mœurs romaines[2] »?

En revanche, les modifications introduites dans chaque matière sont nombreuses. M. Accarias parle, dans l'*Avertissement pour la quatrième édition*, du travail de révision scrupuleuse qu'il s'est imposé. Presque à toutes les pages, en effet, le lecteur

[1] *Précis*, I, p. VIII.

[2] *Précis*, I, p. 840, n. 2.

Digitized by Google

trouvera les marques d'une critique singulièrement pénétrante et sévère. Ce sont de nouveaux détails sur la personnalité de l'esclave, le *postliminium*, le colonat, la filiation en dehors des justes noces, la tutelle de la mère, le *pignus*, l'hypothèque[1], la dot, la donation *propter nuptias*, le testament, les personnes incapables de tester et d'être instituées, la *cretio*, le bénéfice d'inventaire, la *querela*, la substitution pupillaire, les lois caducaires, le legs d'option, etc, etc... Le *majus* et le *minus Latium* font l'objet d'un nouvel alinéa, l'étude du divorce est complétée, celle du concubinat refondue, etc. — Dans les notes, les indications nouvelles se multiplient[2-3]. Ici l'auteur insiste sur l'*auctoritas patrum*, le *jus Papirianum*, les *leges Regiæ*, le legs de liberté, là il s'explique sur la date de la loi *Junia Norbana*, *l'usucapio pro herede*, ailleurs il énumère les divers traités d'al-

[1] Les nos 284-289 ont été modifiés. Qu'on me permette une observation sur une note ancienne que je retrouve p. 729. M. Accarias écrit : « Il me parait probable que l'édit perpétuel d'Adrien contenait des dispositions sur l'hypothèque, puisque dans les titres du Digeste relatifs à cette matière il y a des fragments tirés des commentaires *ad Edictum*. » Sûrement la formule de l'action hypothécaire était proposée dans l'*Album*, mais la formule était-elle précédée, comme il est d'usage pour les actions prétoriennes, d'un édit? je ne le pense pas. — D'après Wlassak, *Edict und Klageform*, Iéna, 1885, p. 135, cette singularité s'expliquerait aisément : L'action remonterait à une époque où le préteur proposait des formules sans édits. Ce n'est là qu'une conjecture. La formule hypothécaire figurait dans l'*Album* à côté de l'interdit Salvien. Cf. Lenel, *Das Edictum perpetuum*, Leipzig, 1883, p. 395.

[2] Il est question, p. 78, n. 1, de Stephane l'auteur d'une paraphrase sur le Digeste. M. Accarias ajoute dans cette édition que ce Stephane fut l'un des rédacteurs du Digeste. Cette manière de voir n'est point nouvelle, Cf Reitz, *Theophili paraphrasis græca*, 1751, p. 1240. Je préfère cependant admettre avec Mortreuil, *Hist. du droit byzantin*, I, p. 270, Heimbach, *Prolegom. Basilicorum*, VI, p. 14, etc., que le Stephane rédacteur du Digeste est distinct du Stephane auteur de la paraphrase.

[3] L'auteur, p. 17, n. 2 (note nouvelle), définit, le *jus civile* et le *jus prætorium* : on remarquera qu'il ne parle pas d'un *jus extraordinarium* que certains juristes étrangers ont placé à côté et distingué du *jus civile* et du droit honoraire. Il y a, en effet, des *cognitiones extraordinariæ* (système spécial de procédure) non un *jus extraordinarium* L. 178, § 2, D, 50, 16. C'est un point admis, sans conteste, en France. En Allemagne, la *trichotomie* a ses partisans, on connait la campagne menée contre eux par Wlassak, *Kritische Studien zür Theorie der Rechtsquellen*, Gratz., 1884, p. 51-90.

Digitized by Google

liance, décrit certains rites du mariage[1], analyse la loi *Julia Miscella*, parle du testament *inter liberos*, des donations déguisées, etc.

Tout signaler est impossible, je n'insisterai que sur quelques points.

Le numéro 50 *bis* est nouveau, on y trouvera le commentaire du § 96, I, de Gaius. Le juriste nous apprend quelle est la distinction à faire entre le *majus* et le *minus Latium*. Il y a *majus Latium*, quand la cité est acquise par le décurionat, la gestion d'une magistrature ou d'un *honor; minus Latium*, quand la cité est acquise par la gestion d'une magistrature ou d'un *honor*. Le décurionat, les magistratures, ce sont là des termes définis, *honor* est moins clair. Si l'on tient que les deux termes *honor*, *magistratus*, ont ici une valeur distincte, quelle est cette valeur? Mommsen a franchement avoué qu'il n'en savait rien[2]. Depuis, un auteur a proposé d'entendre par *honor* les magistratures inférieures, l'édilité, la questure[3] : son opinion est restée isolée. Selon Hirschfeld[4], l'*aliquis honor* serait la fonction du

[1] En conservant, p. 193, n. 2, l'ancienne note sur les *sponsalia*, l'auteur prouve qu'il refuse toujours d'adhérer à l'opinion qui rejette toute action *ex sponsu* du droit romain. M. Accarias a pour lui Varron, LL. 5, 70, 71, mais il me semble que le texte d'Aulu-Gelle, IV, 4, peut s'interpréter de plusieurs manières. J'entends ce fragment ainsi : Servius nous apprend que dans le *Latium* les fiançailles étaient sanctionnées par une action *ex sponsu*. Cette action disparut quand la loi Julia donna la cité à tout le *Latium* (sans doute parce que ces peuples devaient être *fundi*, Cicér. *pro Balbo*, 8, 21). — Même à l'époque classique la *stipulatio pœnæ* jointe aux fiançailles serait, je crois, sans effet, L. 134, D. 45, 1. Si des arrhes ont été données, celui qui se retire capricieusement les perd ou leur valeur. Au Bas-Empire on trouve une *pœna quadrupli*. Ces pénalités sont la transition aux fiançailles du droit canonique antérieur au concile de Trente, *sponsalia de præsenti* = mariage, *sponsalia de futuro*, C. 10, 17, X, 4, 1. En Orient, l'évolution est la même, son point de départ est le Concile *in Trullo* de 692, ch. 98. Les deux sortes de fiançailles se retrouvent a peu près dans les δεσμά et les κυρίως μνηστεῖαι d'Alexis I. Sous la domination turque, les Grecs ne connurent plus que les fiançailles valant mariage, les *sponsalia de præsenti* de l'Occident.

[2] Einen Unterschied anzügeben weiss ich nicht., *Römisch. Staatsrecht* I², p. 8, Cf. Marquardt, *Röm. Staatsw.* I², p. 57, n. 8.

[3] E. Beaudouin, *Nouv. Rev. hist.*, III, 1879, p. 15 et p. 111.

[4] *Zur Geschichte des Lateinischen Rechts*, Vienne, 1879, étude traduite par Thédenat dans la *Revue générale de droit*, IV, 1880, p. 292.

Digitized by Google

præfectus désigné par l'empereur duumvir. M. Accarias incline vers cette manière de penser. Peut-être pourrait-on croire à une de ces redondances si fréquentes dans le langage juridique. Gaius écrit d'abord : *honorem aut magistratum*, une ligne plus bas : *magistratum vel honorem*, renverserait-il l'ordre des termes s'il existait une hiérarchie? Au Digeste, Modestin, L. 2, 50, 12, désigne d'abord par *honor* ce qu'il va désigner bientôt par *honor aut magistratus*.

A s'en tenir au § 96, la différence entre le *majus* et le *minus Latium* consisterait en ceci : le décurionat et les magistratures donnent la cité dans les villes qui jouissent du *majus Latium;* dans les villes qui ont seulement le *minus Latium*, la cité n'est acquise que par la gestion des magistratures. La distinction se comprend. A l'époque de Gaius, on peut entrer dans la curie sans avoir été magistrat. Mais il faudrait voir comment le § 96 se relie aux paragraphes qui précèdent et qui suivent. Gaius traite de l'acquisition de la puissance paternelle. Dans le § 95 notamment, Gaius distingue entre les concessionnaires personnels du droit de cité et ceux qui, arrivant à la cité avec leurs enfants, acquièrent sur eux la *potestas patria*. Passons au § 96. La rupture d'idée est complète, inexplicable. Kuntze, qui n'aime pas Gaius [1], dirait sans doute qu'un pareil défaut de méthode n'est pas pour surprendre. Malgré moi, le défaut me choque. Que les Institutes de Gaius soient un livre ou de simples notes de cours, l'incohérence des idées n'est pas moindre. Gaius a peut-être attaché au § 96 le sens indiqué plus haut; mais s'il l'a fait, je laisse à penser quel fut l'ahurissement des élèves en entendant le maître parler brusquement de tout autre chose que de son

[1] Cf. *Der provincial jurist Gaius*, Leizig, 1883. Kuntze reproche amèrement à Gaius d'être un provincial et d'ignorer beaucoup de choses. Wlassak, *kritische Studien*, p. 105, a déjà repoussé l'accusation de *provincialisme* quant à l'expression : *Senatus jubet atque constituit*, I, 4. Kuntze ne peut pardonner à Gaius d'avoir traité de ridicule la recherche *lance licioque*. Je sais bien que Bernhöft, *Staat und Recht*, Stuttgart 1882, p. 247, Grimm *Poesie im Recht*, Z. f. G. R., II, p. 91, Leist, *Greco Italische Rechtsgeschichte*, Iéna, 1884, p. 246, ont fait, au sujet de cette recherche, de curieux rapprochements. La législation comparée est une belle chose, mais qu'un enquêteur se présente à Leipzig dans l'appareil décrit au § 193, III, et Kuntze lui-même sera de l'avis de Gaius.

Digitized by Google

sujet. Autrefois on avait imaginé de soutenir que le *majus Latium* faisait acquérir la cité au Latin et à sa famille, le *minus Latium* au Latin seul. M. Accarias mentionne cette opinion, et bien qu'elle se heurte à de sérieuses objections, j'incline à penser avec Huschke et Polenaar, qu'elle contient une bonne part de vérité [1].

Je lis, page 150, une importante note sur la date des lois *Junia Norbana* et *Ælia Sentia*. Il y a deux questions : (*a*) La loi *Junia* est-elle antérieure à la loi *Ælia ?* (*b*) si elle est antérieure, quelle est sa date ?

(*a*). M. Accarias tient que la loi *Junia* est la première en date. D'une part les Latins Juniens, — le nom l'indique assez, Dosithée (Cerv. Scævola? Pomponius?) et le pseudo-Théophile [2] l'affirment, — ont été créés par la loi *Junia;* d'autre part la loi *Ælia* place certains affranchis dans la classe des Latins Juniens. Voilà qui paraît décisif; pourtant on discute toujours [3] et, si j'en juge par la récente et vive polémique de Schneider et d'Hoelder, l'accord ne se fera pas de longtemps [4]. — Peut-être, en l'état des textes, le problème est-il insoluble. Si la *causæ probatio* remonte à la loi *Ælia* [5], cette loi est postérieure à la loi *Junia :* la *causæ probatio,* en effet, suppose un mariage du Latin Junien, et d'admettre que ce mariage soit le simple *coutubernium* d'un esclave *in libertate,* il n'y a pas apparence. On a beau dire, d'ailleurs, que la loi *Ælia* confiait ses protégés au préteur pour que ce magistrat les maintînt en liberté, il est bizarre qu'une loi invite un

[1] Cf. Dubois, *Institutes de Gaius,* Paris, 1881, p. 59 et suiv., et les auteurs cités.

[2] J'écris pseudo-Théophile pour indiquer que l'auteur de la *paraphrase* ne se confond pas, dans mon opinion, avec le Théophile, professeur à Constantinople, haut-commissaire de Justinien pour la rédaction des Institutes et du Digeste, auteur d'un Index sur les trois premières parties du Digeste. Cette opinion que le nouvel éditeur de la paraphrase, C. Ferrini, a rendue vraisemblable, M. Accarias ne l'adopte pas, Cf. *Précis,* I, p. 80, n. 2.

[3] Cf. Vangerow, *über die Latini Juniani,* 1833, et Cantarelli dans l'*Archivio giuridico,* XXIX, p. 30 et XXX, p. 413.

[4] *Zeitschrift der Savigny-Stiftung,* V, 1, p. 225-256; VI, 1, p. 186-225, VII, p. 31-45.

[5] Cf. *Précis,* p. 154, n. 4.

Digitized by Google

magistrat à maintenir en liberté ceux qui sont légalement esclaves. On a aussi invoqué le fragment de Berlin *De dediticiis : Cum lege de bonis rebusque eorum hominum ita jus dicere judicium reddere prætor jubeatur, ut ea fiant, quæ futura forent, si dediticiorum numero facti non esset, videamus.....*[1]. Mais, à parler net, ce fragment ne prouve rien. En admettant même, avec Huschke, que la *lex* visée est la loi *Ælia*, c'est forcer les termes que de traduire : comme si les *homines* étaient Romains ou Latins. Tout au plus le texte suggère-t-il l'idée que la liste des individus *numero dediticiorum* ne comprenait pas que des affranchis, il est sans intérêt dans notre débat.

Le texte vraiment embarrassant est le texte d'Ulpien I, 12. « Il y a, dans les *Regulæ.....* écrit M. Accarias[2], une phrase (*ideo sine*, etc.) d'où il semble résulter que, d'après la loi *Ælia Sentia*, l'esclave mineur de trente ans qui était affranchi *vindicta sine consilio* non seulement ne devenait pas citoyen, mais restait esclave et appartenait à Cæsar. Si cette phrase était authentique, elle fournirait un argument à ceux qui croient la loi *Junia* postérieure à la loi *Ælia Sentia*. Mais elle est évidemment altérée ou interpolée. En effet, la suite du texte établit que l'esclave affranchi par testament avant l'âge de trente ans devenait Latin aux termes de la loi *Ælia Sentia*, et il n'y avait évidemment pas de motif pour distinguer ici entre les effets de la vindicte et ceux du testament. » Je veux admettre, malgré les réclamations de Schneider, que le mot *Cæsaris*, que la phrase même : *ideo sine... putat*, est interpolée[3] ; mais l'autre partie du texte, dont l'authenticité n'est pas douteuse, fournit un argument sérieux contre l'opinion de M. Accarias. La loi *Ælia* décidait que le mineur de trente ans affranchi *vindicta sine consilio* ne devenait pas citoyen, tandis que le mineur de trente ans affranchi *testamento* devait, dit Ulpien, être traité, comme si, par la volonté du maître, il

[1] Cf. Krüger dans la *Savigny-Stiftung*, I, p. 93 s. ; II, p. 83 s.

[2] *Précis*, p. 152, n. 1.

[3] Puggé et Pellat ont défendu la leçon *Cæsaris*, Schilling voudrait lire : *Censuve*, Bethmann-Hollweg et Cantarelli : *Cæ(lius) Sabi(nu)s*, Huschke : *ejus ætatis*, que Giraud donne à tort comme certain. — Cujas et Schulting, Cannegieter, etc., lisent tout uniment : *Ideo sine consilio manumissimum servum manere putat*.

Digitized by Google

eût été placé *in libertate*, en d'autres termes, comme s'il eût été affranchi par un mode non solennel. Cette façon de parler semble prouver que la loi *Ælia* date d'une époque où la Latinité Junienne n'existait pas, sans quoi le législateur eût remplacé la périphrase par le mot *Latinus*, et Ulpien n'eût pas eu besoin d'ajouter la glose : *et ideo Latinus fit*. On objecte que la distinction entre les effets du testament et ceux de la vindicte est inintelligible. Ne peut-on pas répondre avec Hoelder : Le *manumissus testamento* est placé *in libertate* par la volonté du maître défunt, non de l'héritier; or la protection prétorienne couvrait seulement ceux qui devaient leur mise *in libertate* au maître même qui en avait eu l'idée. La loi veut que désormais le préteur étende la protection à ceux qui sont mis *in libertate* en exécution de l'ordre d'un maître décédé. Dans le cas d'une *manumissio vindicta*, la loi se bornait à dire : *civis non fit* [1]; on savait à l'avance que l'état de fait serait maintenu par le préteur; dans le second cas, la loi ordonnait au préteur de protéger le *manumissus testamento* comme il eût protégé le *manumissus vindicta* : *perinde haberi jubet atque, si, domini voluntate, in libertate esset.*

(*b*) Admettons cependant que la loi *Ælia* est postérieure à la loi *Junia*, il faut savoir quelle est la date de la loi *Junia*. M. Accarias adopte l'hypothèse ingénieuse de M. Romanet du Caillaud, il décompose la loi *Junia Norbana* en une loi *Junia* de 728 (729) et une loi *Norbana* de 729 (730). Du moment qu'on place la loi *Junia* avant la loi *Sentia*, la date indiquée convient mieux que tout autre. Mais, faut-il l'avouer, je suis porté à croire qu'il n'y a jamais eu de loi *Norbana*. Les auteurs classiques l'ignorent [2]. A la vérité, Justinien, en ses Institutes, parle d'une loi *Junia Norbana*, mais dans les mêmes Institutes, III, 7, 4, il revient au langage des anciens. Dans la constitution *de Latina*

[1] D'après Puchta, *op. cit.* § 213, XX, *civis non fit* = *peregrinus fit*. Cette interprétation écarte le redoutable argument tiré de la *causæ probatio*, mais elle ne repose sur rien.

[2] « Il n'y a, remarque M. Accarias, que Justinien et Théophile qui disent *lex Junia Norbana* » et encore dans la paraphrase est-il question d'une loi appelée *Urbana* et non pas *Norbana*. Cf. *Instit. graeca paraphr. Theophilo vulgo tributa*, ed. Ferrini, Berlin, 1884, 1, V, § 3 et les notes de Meermann, Fabrot, etc., dans l'édition de Reitz.

Digitized by Google

libertate tollenda (VII, 6) l'empereur ramasse tous les textes relatifs aux Latins Juniens : l'occasion était bonne pour signaler la loi *Norbana*, l'empereur mentionne seulement la loi *Junia*. Schneider croit à une bévue des trois commissaires [1]. Pourquoi non ? Les compilateurs byzantins en rapprochant notre loi des lois *Ælia Sentia* et *Fufia Caninia* trouvèrent son nom trop bref. L'amour de la symétrie, dont ils ont donné ailleurs, III, 21 un mémorable exemple, leur fit chercher un deuxième nom. Ouvrant les fastes, ils trouvèrent en l'an 19 un Norbanus qui fit aussitôt l'affaire. Voilà comment notre loi fut affublée d'un nom qui n'était pas le sien. Dans l'opinion de MM. Accarias et du Caillaud, les compilateurs réunirent deux lois distinctes, mais cela admis, on devrait dire loi *Junia* et *Norbana* comme on dit loi *Julia* et *Papia*, loi *Julia* et *Titia*, loi *Julia* et *Plautia*.

Le lecteur trouvera de grands changements dans les nos 100 et 101 relatifs au concubinat. La doctrine de l'auteur est restée la même, mais il l'a plus solidement établie. Voici pourquoi :

Dans une dissertation parue en 1880 [2] M. P. Gide, reprenant l'idée de quelques anciens interprètes [3], soutint que le concubinat n'était pas une institution légale, mais un simple état de fait à l'abri des peines du *stuprum*, « un désordre licite ». M. P. Gide abandonnait toutefois, ou peu s'en faut, sa manière de voir dans le cas le plus habituel de concubinat, celui du patron avec sa *liberta*. En sorte que le même mot *concubinatus* devait tantôt se traduire par concubinage et tantôt par concubinat. Prenant parti dans le débat, M. Accarias défend l'opinion commune. Il serait

[1] Dorothée est le plus coupable ; s'il est vrai que la rédaction des livres I, II, lui appartienne. Cf. Huschke, *præf. ad Inst.* Lips., 1868, et surtout E. Grupe, *De Justin. Inst., compositione*, Argent., 1884.

[2] P. Gide, *De la condition de l'enfant naturel et de la concubine.* La dissertation a été réimprimée, par les soins de M. Esmein, à la suite de la seconde édition de *la Condition privée de la femme*, Paris, 1885. M. Esmein approuve la doctrine de M. P. Gide, sans restrictions dans ses *Mélanges*, p. 93 et s., avec restrictions, dans sa *Notice sur la vie et les écrits de M. Giraud*, Paris, 1883.

[3] L'idée n'était point nouvelle, M. Gide l'a reconnu tout d'abord, mais on avait négligé d'en tirer les conséquences, et surtout personne ne l'avait encore présentée avec un savoir aussi ingénieux, un art aussi délicat. — Cf. Ramos del Manzano, *Schediasma de concubinis*, dans le Trésor de Meermann, V.

Digitized by Google

trop long de reproduire ici son argumentation. Elle persuadera, je crois, tout lecteur non prévenu. A côté des textes cités par l'auteur, on peut signaler encore des canons conciliaires du Bas-Empire, recueillis par Gratien, qui permettent de prendre *aut uxorem aut certe, loco uxoris, si conjux deest, concubinam.* Héritière et interprète des idées romaines, l'Eglise considéra longtemps le concubinat comme une union licite et voisine du mariage proprement dit [1]. Les mariages connus dans le droit commun allemand sous le nom de *disparagium* et de mariage *ad legem morganaticam* ont rappelé depuis dans une certaine mesure le concubinat romain [2-3].

Quoi qu'il en soit, il ne faut pas exagérer l'importance du débat. « Longtemps, écrit M. Accarias, le concubinat n'eut guère d'autre conséquence légale que de donner un père certain aux enfants qui en étaient issus. » Il est vrai que les partisans de M. Gide ne veulent même pas admettre cela. Récemment M. Mispoulet [4] tentait de prouver que l'enfant né *ex concubinatu* ne prenait jamais ni le nom ni la condition du père. La preuve n'est point faite, car, sur les quatre inscriptions citées par M. Mispoulet, une, au moins, est bien décidément contre lui. Supposé même que M. Mispoulet eût raison, on ne devrait pas en conclure que l'enfant est sans père certain. Dans le mariage *ex jure gentium*, dans les unions du droit allemand citées plus haut, l'enfant suivait la condition de la mère quoiqu'il eût un père certain. Jusqu'à meilleure preuve je m'en tiendrai donc à l'opinion de M. Accarias.

La recension de Studemund a ramené l'attention sur les §§ 58, II, 201, III, des Institutes de Gaius. De ces paragraphes il suit

[1] CC. 4 et 5, D. XXXIV. — Concil. Trid. Sess. XXIV, ch. 8, *De ref. mat.* — Les canonistes postérieurs au Concile de Trente et les *Correctores Romani* me paraissent avoir détourné les canons précités du sens que leur donnait Gratien.

[2] Précisément Kuntze, *Cursus*, § 795, écrit que le concubinat a joué à Rome le rôle de *Missheirath*. Cf. Walter, *Syst des gem. deut. Privatrechts* §§ 461 et 462.

[3] On pourrait aussi faire d'utiles rapprochements avec la pallaque grecque, il faut là-dessus consulter l'article du savant doyen de la Faculté de Lyon, M. Caillemer, dans le *Dictionnaire de Daremberg et Saglio*, v° *concubinatus*.

[4] *Revue hist.*, 1885, p. 34 et s.

Digitized by Google

que l'*usucapio pro herede* est écartée quand le *de cujus* laisse un héritier sien ou nécessaire [1]. Mais pour quel motif? La question est facile à poser, moins facile à résoudre. Récemment, on a cru tout expliquer en installant inopinément la saisine dans le système des hérédités romaines [2]. Il faut s'entendre : personne ne s'avise de soutenir que l'héritier *extraneus* ait besoin, comme l'héritier grec (la succession étant ἐπίδικος [3]) ou comme nos légataires universels, d'un envoi en possession; mais on prétend que l'héritier sien ou nécessaire, à la différence de l'heritier externe, continue de plein droit la possession du défunt. C'est bien là une des idées qu'on rattache ordinairement à la saisine. Ce n'est point une idée romaine. « L'héritier nécessaire, écrit M. Accarias, — et l'objection est très forte, — l'héritier nécessaire ne peut acquérir de plein droit et du moment du décès que ce que l'héritier externe acquiert plus tard par l'adition : or la possession n'y est pas. » On comprend aisément que l'usucapion *pro herede* soit impossible au détriment d'un héritier sien ou nécessaire. Ce qu'on usucape d'abord, c'est l'hérédité jacente, or, ici, pas d'hérédité jacente. Pour l'héritier sien d'ailleurs, il n'y a pas, à proprement parler, d'hérédité, mais une *continuatio dominii*. L'*usucapio hereditatis* ne se conçoit que si l'*heres* est *extraneus*. Reste à savoir pourquoi elle est encore possible, même après l'adition, et tant que l'héritier n'a pas pris possession. « Peut-être, écrit M. Accarias [4], fut-on frappé de la différence qu'il y avait entre les deux situations suivantes : un tiers avait pris possession d'une chose héréditaire alors que l'hérédité était encore jacente, il con-

[1] Dans le *Cod. Ver.*, on lit : *et necessario*. Huschke pense que le copiste a laissé de côté *suo* et qu'il faut lire *suo et necessario*. *Quod*, dit-il, *juris ratio admittit, imo potius flagitat*. — L'opinion d'Huschke est celle de M. Accarias et de la plupart des auteurs ou éditeurs, je cite, un peu au hasard, Dubois, Cogliolo, Voigt, *XII Tafeln*, § 106, Goudsmit, *Studemunds Vergleichung*, Utrecht, 1875, p. 29, Kuntze, Exc. p. 617, Pernice *Labeo*, II, 319, etc. *Contra*; Cuq, *Nouv. Rev. Hist.*, X, p. 536.

[2] Dubois, *La saisine héréditaire en droit romain*, Paris, 1880. — Cf. dans la *Revue critique*, XIX, p. 444, Planiol, *Origine romaine de la saisine héréditaire*.

[3] Caillemer, *Le droit de succession légitime à Athènes*, Paris, 1879, p. 154.

[4] *Précis*, I, p. 613, n. 3.

Digitized by Google

tinuait d'usucaper nonobstant l'adition ; un autre ne prenait possession qu'après l'adition faite, l'usucapion lui était interdite. Cette différence, facile à justifier autrefois, n'avait plus de raison d'être depuis que l'*usucapio pro herede* s'appliquait également aux biens de l'hérédité et non à l'hérédité elle-même : on la fit disparaître. » La conjecture séduit par son ingénieuse simplicité. Devront la modifier un peu ceux qui pensent que dans le droit primitif toute usucapion pouvait s'accomplir sans juste titre ni bonne foi [1]. L'enchaînement des idées serait alors celui-ci : l'usucapion des choses incorporelles étant permise, il n'y avait guère à distinguer entre l'usucapion commencée avant ou après l'adition tant que l'héritier n'avait pas pris possession. Dans les deux hypothèses, même but, même possession et, par suite, même dénomination. Plus tard, au VIe siècle, quand le juste titre et la bonne foi apparurent, on admit, — et pour les motifs indiqués par Gaius, — que l'usucapion *pro herede* resterait ce qu'elle était auparavant [2]. L'usucapion commencée après l'adition, grâce à la similitude de nom, bénéficia de l'exception [3].

[1] Sauf, bien entendu, quand elle avait pour objet les *res furtivæ*, Cf. Stintzing, *Das Wesen von bona fides und titulus*, 1852, § 4-10. Cette opinion compte de nombreux adhérents. Cf. Voigt, *die XII Tafeln*, 1883, § 91, et les dissertations élégantes et doctes de MM. A. Pernice, *Labeo*, II, § 188-230 et Esmein, *Mélanges*, p. 198 et s., sur l'*injusta possessio*.

[2] Les *ususreceptiones* sont aussi un reflet de l'ancien état de choses. Il faut mettre à part l'*usucapio ex rutiliana constitutione*, Cf. *Précis*, I, p. 128, n. 2.

[3] Il me semble que, même en adhérant aux idées de Kuntze sur l'hérédité, on peut encore raisonner comme j'ai fait. Ce savant romaniste enseigne, I, §§ 135, 141, II, p. 141, 159, etc., que la notion abstraite d'hérédité, entité juridique comprenant des choses corporelles, des créances et des dettes, dérive de la *disciplina pontificia*, qu'elle naquit dans le laboratoire juridique des pontifes (*Civilistisches Laboratorium*) (un peu, j'imagine, comme Homonculus dans le laboratoire du docteur Faust). La loi des XII tables avait dit : *uti legasset super pecunia. Legare* n'est pas *testari*, *pecunia* n'est point *familia*. Peu à peu le concept de l'hérédité se dégagera,

Denn das Geheimniss liegt am Tage.

Dans la formule de la mancipation testamentaire *testor* figurera a côté de *lego*, *familia* a côté de *pecunia*. L'idée moderne d'obligation, celle de succession aux dettes quand l'héritier est *extraneus* nait et se développe une fois le *nexum* transformé par la loi *Pœtelia* (326 a. Chr.). — Les idées de

Digitized by Google

Dans la matière de la *querela inofficiosi testamenti* [1] les textes difficiles ne manquent pas. M. Accarias a complété l'explication de la célèbre loi Mater, l. 19, V, 2 (rescision partielle du testament), des lois 25 pr. D. V, 2; 30, 35, 36, C. III, 28 (*actio suppletoria, exheredatio bona mente,*) et de la loi 9, § 2, D. 28, 2, (*transitus querelæ ad heredes*).

Les remaniements ont trait surtout à la législation des Novelles. Par la Novelle 18, ch. I, Justinien change la quotité de la légitime. On connaît les vers du juriste, poète malgré Minerve, qui a résumé la Novelle 18 :

> Quattuor aut infra natis dant jura trientem,
> Sed dant semissem liberis si quinque vel ultra
> Etc.

Dans la Nov. 115, l'empereur énumère les causes d'exhérédation, ordonne que le légitimaire reçoive — au moins pour une partie — sa légitime à titre d'héritier. On ferait un gros volume avec les discussions qu'a soulevées l'interprétation de la Novelle [2]. Justinien, a-t-on dit, permet d'attaquer un testament non conforme aux dispositions précitées par une *querela nullitatis ex ure novo*. Le mot importe peu. Le point est de savoir quel sera l'effet de cette *querela*. Si on la rattache à l'ancienne *querela*, c'est le système dit de l'inofficiosité, sinon, c'est le système de la nullité, bien entendu, de la nullité limitée aux institutions [3]. M. Accarias, à bon droit, choisit le système de la nullité. — Plus difficile encore est la question de savoir quel est le rapport des enfants légitimaires avec les anciens *sui et emancipati*. Assez communément l'on enseigne que la vieille théorie de l'institution ou exhérédation des *sui* disparaît, et, avec elle, cette *bonorum possessio* si complexe et si délicatement ouvrée que le préteur donnait contre les tablettes du testament [4]. M. Accarias, n° 470-

Kuntze ont trouvé dans M. Cuq un nouveau défenseur, *op. cit.* Ce n'est point ici le lieu de les discuter, j'observe seulement qu'on peut les adopter sans être forcé de rejeter l'explication proposée au texte. C'est une question de date.

[1] *Précis*, I, n°s 355-360.

[2] Cf. Glück-Leist, *Pandekten*, série des livres 37, 38, III, p. 185.

[3] Vangerow, § 485.

[4] Cf. Puchta, *Institutionen*, § 320, Kuntze, *Cursus* § 984. — La *bonorum*

Digitized by Google

5°, pense que la *bonorum possessio contra tabulas* survécut à la Nov. 118 et par conséquent à la Nov. 115. J'adhère, après quelques hésitations, à la doctrine de mon maître.

J'ai déjà dit que la théorie des lois caducaires avait été sensiblement remaniée. Parmi les indications nouvelles, le lecteur ne manquera pas de remarquer ce que l'auteur écrit sur l'*orbitas* et le célibat à l'égard des femmes. La femme dépourvue du *jus liberorum* et mère cependant, est-elle traitée « mariée, comme *orba*, non mariée, comme *cœlebs* [1] » ? Il n'est point aisé de savoir ce qu'ont décidé les Romains. Le plus souvent on enseigne que la femme dépourvue du *jus liberorum* n'a pas la *solidi capacitas* [2]. M. Accarias, au contraire, incline à penser « que les conditions de l'*orbitas* et du célibat étaient identiques pour les deux sexes ». En raison, la solution est satisfaisante et M. Accarias lui trouve un solide appui dans la législation des *decimæ*. Peut-être pourrait-on ajouter ceci : la femme mineure de vingt ans échappait, d'après Ulpien, aux peines de l'*orbitas*. Mais cet âge n'était pas celui que la loi Papia avait d'abord fixé. Il est, en effet, impossible de donner un sens au ch. IV de l'*Apologétique* de Tertullien, si l'on n'admet pas que l'ancienne limite d'âge a été reculée par Septime Sévère jusqu'à vingt ans. Heineccius a fixé cette ancienne limite à seize ans, et sa conjecture n'est pas sans fondement [3], j'accorde dix-sept ans, si l'on veut. D'autre part, Friedlander a fort bien établi que les femmes romaines, au siècle d'Auguste et dans les siècles suivants, ne se mariaient guère avant quatorze ou quinze ans [4]. La fille d'Auguste, Julie a

possessio secundum tabulas survit sûrement, *Précis*, 470-4°, mais la *missio Hadriana* et, depuis 531, le *remedium ex lege ultima*, C. VI, 30, *de edicto divi Hadriani tollendo*, lui ont enlevé toute importance pratique. En réalité l'œuvre du préteur est faite. La *bonorum possessio* se meurt; à la ressusciter les glossateurs perdront leur peine. Les institutions juridiques ont aussi leur destin, *habent sua fata*.

[1] *Précis*, I, n° 373.

[2] Machelard, *sur l'accroissement entre*, etc., *Rev. hist.*, IV, p. 122 et *passim*, Savigny, *System*. II, § 61, Puchta, *op. cit.*, II, p. 452.

[3] *Ad legem Juliam et Papiam Poppæam commentarius*, Amsterdam, 1726, p. 279.

[4] *Darstellungen aus der Sittengeschichte Roms*, I, 4e édit., p. 549.

Digitized by Google

quatorze ans quand elle épouse Marcellus, c'est aussi l'âge de cette fille de M. Fundanus, si grave et si jolie, dont Pline déplore la mort avant le jour des noces, *Epist.* V, 16. Le plus souvent l'épousée avait quinze ans, il suffit de jeter les yeux sur le tableau dressé par Friedlander pour s'en assurer. Tout cela admis, qu'on suppose une *libertina* mariée à quinze ans. Pour échapper aux peines de l'*orbitas*, il faut qu'à dix-sept ans elle soit déjà mère de quatre enfants, — si toutefois nos adversaires sont dans le vrai, —

Le vrai peut quelquefois n'être pas vraisemblable.

M. Accarias n'a pas caché que son opinion se heurte à un fragment de Dion Cassius, LV, 2. L'historien grec écrit à peu près ceci : « Quand les dieux ont refusé trois enfants à un citoyen, homme ou femme, εἴτ' οὖν ἀνδρῶν εἴτε γυναικῶν,... l'empereur concède le droit de trois enfants, τὰ τῶν τρὶς γεγεννηκότων δικαιώματα. De la sorte, le concessionnaire échappe aux peines de l'*orbitas* et peut généralement recueillir les prix accordés à ceux qui ont plusieurs enfants. Et non seulement les hommes, mais encore les Dieux (οὐχ ἄνθρωποι μόνον, ἀλλὰ καὶ θεοὶ) profitent du *jus trium liberorum* pour recueillir les dons que leur font les mourants. M. Accarias observe que Dion se trompe en ce qui concerne les hommes : un enfant suffit aux hommes pour cesser d'être *orbi* et seuls ils ont le *jus patrum*. Il me paraît évident que Dion se trompe encore en ce qui concerne les Dieux : probablement il confond la *testamenti factio* et l'exemption des lois caducaires. Je demande quel crédit mérite le reste du texte. M. Accarias pense que Dion a confondu les *præmia patrum* avec la *solidi capacitas;* il aurait simplement voulu dire que « cette pleine capacité résulte du *jus liberorum* accordé par l'empereur comme elle résulterait de la procréation réelle d'un seul enfant. » Cette conjecture est encore la plus simple de celles qui ont été proposées pour expliquer le texte grec [1]. Au surplus, je me résignerais, sans trop d'efforts, à ignorer ce que Dion a voulu dire, *non me pudet*, disait jadis Baudoin discou-

[1] Hartmann, dans la Z. f. R. G., V., p. 235, en propose plusieurs.

Digitized by Google

rant *de lege Papia* [1], *non me pudet fateri ignorantiam in hoc genere meam.*

Les lois caducaires font songer à la loi *Julia Miscella.* D'ordinaire on tient que la loi Miscella n'est pas autre chose qu'un chapitre de la loi Julia *de maritandis ordinibus.* M. Accarias s'est borné à analyser très nettement les dispositions de la loi [2], sans examiner si elle se confondait avec la loi Julia. Il est permis de penser que l'auteur entend s'écarter de l'opinion commune.

Ces remarques suffisent à montrer quel souci de l'exactitude M. Accarias apporte dans son ouvrage. Qu'on suive ou qu'on repousse sa manière de voir, il sait des arguments qui tantôt entraînent et tantôt font hésiter l'adversaire de bonne foi. Dans ce vaste ensemble du droit romain, il est peu de questions délicates qu'il n'ait discutées, tout au moins résolues. Les textes sont bien choisis, cités à point, au besoin analysés. L'auteur excelle à débrouiller les passages obscurs, à condenser dans une formule courte et claire la doctrine éparse des jurisconsultes. Le *Précis,* dès l'origine, a été un livre d'enseignement. Les étudiants y apprendront toujours avec fruit. Quant aux maîtres, ils savent ce que vaut le livre et ce qu'ils lui doivent. Il est assez d'usage aujourd'hui de dépouiller quelques auteurs étrangers, et doctement de jaser au plus dru. Certes, il est facile de dresser une liste bibliographique, moins facile de bien connaître les sources. A notre époque de production encombrante, il arrive ce qu'on avait déjà vu au XIVe siècle : le texte disparaît sous la glose. Sans méconnaître ni le travail des autres ni le profit qu'il en a pu tirer, M. Accarias a pris pour loi d'aller droit aux sources, pensant que l'école des jurisconsultes romains est encore la plus sûre pour apprendre le droit romain : il recueille leurs solutions, il pèse leurs arguments et, fixant les conclusions, sur le tout met sa marque, la marque d'un esprit original et robuste[3].

[1] F. Balduinus, *De lege Papia,* dans la *Jurisprudentia Romana et Attica* d'Heineccius, I, Leyde, 1738, p. 195.

[2] *Précis,* I, p. 1046, n° 3. — Cf. Schneider, *die drei Scævola,* Munich, 1879, p. 82.

[3] J'ajoute pour « les gens d'entendement, dont parle Montaigne, qui hochent du nez toute incrustation empruntée », que cette marque est très

Digitized by Google

Quand M. Accarias publiera la cinquième édition du *Précis*, peut-être jugera-t-il à propos de ramasser en quelques pages toutes les indications qu'il a données ici ou là sur les jurisconsultes et de compléter les renseignements biographiques. Les renseignements de cette sorte ne sont pas du droit, mais ils intéressent et parfois fixent une date. Derrière cet enchevêtrement de décisions et de principes qui, à treize siècles de distance, sont pour nous le droit romain, se meuvent de curieuses et vivantes figures. Sous la République, les deux Caton [1], les Scævola [2], Manilius, auteur d'un formulaire célèbre [3], P. Rutilius Rufus philosophe, historien, juriste [4] dont les démêlés avec Scaurus ont égayé les anciens [5], Aquilius Gallus l'inventeur de formules [6], Servius Sulpicius « l'un des principaux jurisconsultes de son temps [7] », Alfenus Varus d'abord cordonnier, d'autres disent barbier, compilateur de Servius, à son tour compilé [8], Trebatius Testa [9], Tubero [10], A. Cascellius [11]. Sous l'Empire, « Labeo nourri des doctrines stoïciennes et fidèle aux principes républicains pour lesquels son père était mort à Philippes... » Labeo qui « familier avec toutes les connaissances de son temps sortit souvent des voies battues et ne craignit pas d'innover [12] », Capiton « qui déshonora sa vieillesse par un de ces raffinements de flatterie qui charmaient Tibère en provoquant son mépris [13] »,

reconnaissable quand on la rencontre dans tel ou tel ouvrage que M. Accarias n'a pas signé.

[1] *Précis*, I, p. 788, n. 393.

[2] I, 96 *a*, 120-3°; p. 863, n. 2; p. 322, n. 2.

[3] Un des interlocuteurs de la Rep. de Cicéron, Cf. *Précis*, II, p. 468, n. 1.

[4] *Précis*, I, p. 1315, n. 1, II, n. 793.

[5] L'historiette est contée par Roby, *An introduction to the study of Justianians Digest*, Cambridge, 1884, CI-CIV, et depuis longtemps discutée, Cf. Huschke, dans la *Revue de Linde*, 2e F. XIX, p. 1 et s.

[6] *Précis*, I, n° 339, II, nos 707, 837.

[7] I, p. 5 n. 2, p. 322 n. 2.

[8] II, n° 765.

[9] *Précis*, I, p. 1132. Cf. Pernice, *Labeo*, I, 19.

[10] II, p. 254 n. 1,

[11] II, n° 967.

[12] I, n° 24, Pernice, *Labeo*, I, p. 14-16.

[13] Ibid.

Digitized by Google

Nerva que « l'intimité périlleuse de Tibère conduisit au suicide [1]», Pegasus *liber non homo*, « qui ne courait pas au devant des lâchetés, mais ne savait pas refuser celles que le maître lui demandait [2]», Julien *prætoriani edicti ordinator* [3], « le plus éminent représentant de la science juridique » au milieu du IIe siècle [4].» Je ne trouve presque rien sur Javolenus [5]. Une courte note, p. 58, m'apprend qu'Ariston vivait sous Trajan, que J. Celsus et Neratius figuraient dans le conseil d'Hadrien. Peut-être l'auteur des « *contrats innommés* » nous devait-il plus de détails sur Ariston [6] et sur ce *Celsus filius* dont le manque de civilité a tant émerveillé nos anciens interprètes [7].....

Un mot encore. Il est des corrections dont je n'ai rien pu dire : celles qui portent sur le langage et le style. Au lieu d'exposer ses idées dans le parler limousin si cher à tant de nos juristes, M. Accarias emploie une langue forte, nerveuse, rapide, d'une pureté qui charme. Si par l'étendue des informations et la sûreté des doctrines le *Précis* égale les meilleurs manuels étrangers, il leur est très supérieur par le mérite littéraire : dans l'édition nouvelle, c'est un mot changé, un autre déplacé, l'expression s'avive, la phrase est plus alerte. M. Accarias a loué dans son *Introduction générale* la langue des jurisconsultes

[1] *Précis*, I, 24, 407.

[2] Ibid.

[3] S'il faut en croire l'*Epitome legum*, il fut aidé dans son travail sur l'Edit par un certain Servius Cornelius que personne ne connait.

[4] I, n° 20.

[5] *Précis*, I, p. 204, n. 3. — Javolenus, le maitre de Julien, fut un jurisconsulte de premier ordre, il méritait une petite mention. Il est vrai que Pline l'a pris pour un fou (*Epist.*, VI, 15). et M. Nisard (*Études sur les poètes latins*, 3e édit., Paris, p. 366) pour un sot : Javolenus dormait quand on lisait des vers élégiaques. — Ce n'est point là le fait d'un sot. — Sur le nom et la carrière de Javolenus, Cf. C. I. L. III, 2864 et p. 1062; *Eph. epi*. V. p. 654.

[6] *Précis*, II, n° 650, Cf. Mommsen Z. f. R. G., VII, p. 474.

[7] L. 27, D. 28, 1. La solution de la question *Domitiana* me semble implicitement donnée par M. Accarias dans une note nouvelle de cette édition, p. 852, n. 2. — Le scribe a été informé, avant de procéder à la rédaction du testament, de son rôle de scribe et non de son rôle de témoin. Cf. Hoffmann, *Kritische Studien*, Vienne 1885, 2er *Aufsatz*.

Digitized by Google

romains : comme eux il a « l'élégance sobre qui consiste surtout dans la propriété de l'expression et la justesse du tour. »

HENRY MONNIER.

LE SUICIDE DANS L'ANTIQUITÉ ET DANS LES TEMPS MODERNES,

Par M. Gaston GARRISSON, docteur en droit, avocat à la Cour de Paris, Ancien secrétaire de la présidence du Conseil des ministres[1].

Compte-rendu par M. P. LOUIS-LUCAS, Professeur agrégé à la Faculté de droit de Dijon.

Voilà certes un sujet qui n'a rien de souriant et qui semble bien dépourvu d'attrait; mais la gravité de l'histoire du suicide et de ses causes n'échappe à personne, et, soit au point de vue social, soit au point de vue moral, elle commande, à tous les gens sérieux, un puissant intérêt. La conscience que M. Garrisson a mise à écrire son œuvre en garantit le succès; puissions-nous aider à le lui assurer complet, en parcourant le livre avec rapidité et, par une esquisse sincère et à grands traits de sa physionomie générale, éveiller le désir de l'étudier dans ses détails.

Ce qui caractérise l'ouvrage de M. Garrisson et le distingue de ses devanciers, c'est qu'il embrasse le triste et pénible drame du suicide dans son ensemble. L'histoire et ses exemples; le droit et ses solutions sur des questions précises de responsabilité; la physiologie, la médecine rattachant le dénouement fatal à des causes morbides; la philosophie précisant les causes morales et cherchant les moyens préventifs : l'auteur a tout envisagé, tout prévu, tout résumé. On sent qu'il a été tenté par son sujet : la multiplicité des aspects, la difficulté des problèmes qu'il soulève, l'extension du mal dont notre société inquiète et souffrante paraît travaillée, l'ont visiblement entraîné; et c'est le résultat et comme le produit de ses longues investigations qu'il nous présente et qu'il nous apporte dans un cadre restreint, trop restreint peut-être. L'accumulation d'un nombre considérable de faits et de citations ne lui a pas laissé le loisir de s'arrêter quelque peu sur un seul point de son vaste domaine et de l'approfondir. C'est ainsi, par exemple, qu'on voit bien percer la distinction entre

[1] Paris, 1885, 1 vol. in-8.

Digitized by Google

le suicide par la crainte de la honte, par l'horreur de la tyrannie, par le sentiment de l'honneur plus haut placé que l'instinct de l'existence, et le suicide par le dégoût de ce monde, ou par le poids accablant des peines de la vie ou des mille variétés des misères humaines; mais cette distinction, esquissée d'une façon trop fugitive, méritait bien, ce semble, d'être creusée plus avant et poussée jusqu'au fond. La différence entre ces deux genres de suicide est telle qu'il eût été essentiel de l'accuser nettement, au lieu de paraître les confondre par un rapprochement plein d'étonnement et de surprise.

De même encore, M. Garrisson constate avec raison que certaines croyances religieuses préservent des populations entières de cette déplorable maladie. Seulement, ce rapide procès-verbal ne suffit pas; il fallait ne pas abandonner si promptement ce point de vue; il fallait surtout ne pas omettre de le faire revivre dans la conclusion.

Ce ne sont là, au demeurant, que des critiques bien légères, et ce qui contribue singulièrement à les atténuer, c'est que l'auteur a pris à tâche de tout indiquer avec un soin scrupuleux et d'ouvrir très abondantes et très larges toutes les voies de recherches.

Son livre, qui fait preuve d'une grande érudition en cette matière, remonte aux époques les plus lointaines, pour y découvrir les manifestations de cette névrose incurable sans doute, puisque ni les progrès de la civilisation, ni la diffusion, ni l'expansion du christianisme n'ont pu parvenir à en étouffer la germe. Il passe successivement en revue, dans quatre partie distinctes, le suicide chez les divers peuples de l'antiquité et notamment à Rome, puis en France jusqu'au XIXe siècle et au XIXe siècle même en France et à l'étranger. La partie historique est fort développée puisqu'elle comprend à elle seule plus de la moitié du volume. L'histoire romaine offre des aperçus nombreux sur la question; M. Garrisson a principalement envisagé la législation positive, d'une manière peut-être trop exclusive. Il semble qu'il ait un peu négligé le côté qui tient à la politique et à la philosophie: il était cependant indispensable de ne délaisser ni l'une ni l'autre en un pareil sujet. La nécessité s'imposait, en particulier, d'interroger les mœurs stoïciennes et de s'inspirer à cet égard des beaux

Digitized by Google

livres de M. Martha [1]. Cette étude n'aurait pas manqué de fournir à l'auteur des réflexions fécondes, qui, dominant le sujet, et faisant planer au dessus de lui une idée sociale, politique ou philosophique, eût tempéré l'aridité d'une sèche revue des textes du Digeste.

Mais, telle n'a pas été la pensée de M. Garrisson; sa préoccupation principale et constante paraît, avant tout, l'avoir porté à approfondir la partie législative de son sujet. Nous aurions, au surplus, fort mauvaise grâce à lui en tenir grief, alors que ses préférences sont si bien justifiées. La partie juridique est, en effet, la mieux traitée, suivant nous; aussi doit-elle nous arrêter un instant, ne fût-ce que pour nous permettre de signaler les passages qui sont spécialement de nature à légitimer notre assertion.

Aujourd'hui encore, quoique nous soyons loin de l'époque où l'on faisait le procès au cadavre du suicidé, il est incontestable que les questions de complicité, d'assurances sur la vie et de sépulture sont d'une grande importance. M. Garrisson a donc sagement agi en leur consacrant une partie de son travail. Il commence par combattre la jurisprudence qui punit, non pas le complice du suicide, mais l'auteur de la mort, malgré la volonté conforme et même la demande expresse de la victime. Toutefois, il se voit dans l'obligation d'avouer que les législations étrangères ne lui fournissent presque pas d'appui pour asseoir son opinion (voy. p. 166 et suiv.). Il passe ensuite aux polices d'assurances sur la vie. Le suicide, c'est-à-dire la mort volontaire, est, dans la plupart de ces polices, excepté des événements qui rendent exigible le capital assuré. A cet égard, l'auteur semble pencher vers le système de certaines compagnies étrangères, qui ont essayé de restreindre cette exception au cas de de suicide prémédité, au moyen de la détermination d'un délai (p. 172 et suiv.). — Les conséquences de la laïcisation des cimetières sont enfin examinées avec soin, en ce qui concerne l'inhumation du corps des suicidés (p. 175 et suiv.). — Nous avons également relevé le chapitre IV, intitulé *Conclusions* (p. 231 et

[1] Voir, notamment, *Les moralistes sous l'Empire romain*, et ses *Études morales sur l'antiquité*. — Comp. M. J. Denis, *Hist. des théories morales dans l'antiquité*, 2e éd., 2 vol. in-8.

Digitized by Google

suiv.), de la cinquième et dernière partie de l'ouvrage qui porte pour rubrique *Causes et remèdes*. Il est certain que le nombre croissant des suicides accuse soit un état social imparfait, soit un état de crise dans les croyances individuelles. C'est là un véritable et redoutable fléau pour la société, qui perd des forces et s'épuise. Comment le combattre? Etant admis, car telle est la conclusion très nette de l'auteur, que l'homme qui se donne la mort est un fou, et qu'il n'est par conséquent pas responsable du dernier de ses actes, comment enrayer ce mal social? M. Garrisson espère en l'efficacité de deux moyens, sur la vertu ou la puissance desquels nous n'avons pas qualité pour nous prononcer, mais qui nous ont frappé par leur justesse et par le sentiment de charité qui les anime. Ce sont: une amélioration dans les conditions d'existence matérielle, et une diffusion de la science. Le premier moyen assigne à toutes les autorités, à toutes les activités sociales, un but qu'il n'est pas, sans doute, aisé d'atteindre, mais vers lequel il faut nécessairement marcher avec constance. Quant au second moyen, il repose sur le raisonnement suivant: Une idée fixe obsède le cerveau, et entraîne presque toujours le suicide. Eh bien! ouvrez l'esprit vers un plus grand nombre d'idées et vous supprimerez ainsi la funeste influence de l'idée fixe. — Rendre d'abord plus douce l'existence; ouvrir ensuite les yeux du désespéré, en le *raisonnant*: tels sont, en résumé, les deux procédés dans l'emploi desquels l'auteur a mis sa foi et placé sa confiance. Mais le suicide, lui demanderons-nous, n'a-t-il donc jamais atteint que les déshérités de la fortune et les dépourvus de la science? Les adeptes du bien-vivre et les favorisés du savoir en sont-ils toujours exempts?

Nous ne nous séparerons pas de M. Garrisson sans ajouter qu'il a eu le mérite de parcourir toute l'étendue de son immense et sinistre sujet, et le talent de fournir dans le cours de son laborieux développement une excellente carrière. Il faut lui savoir gré de nous donner, dans la dernière partie de son livre, des renseignements statistiques aussi curieux qu'instructifs. Ajoutons que les notes et les pièces justificatives, ainsi que la notice bibliographique qui terminent l'ouvrage, prouvent chez l'auteur le besoin de s'entourer de toutes les lumières propres à l'éclairer et à la

Digitized by Google

convaincre. Grâce à la façon très sérieuse et très substantielle avec laquelle il a su mener et conduire à bonne fin l'étude si complexe dont il abordait le sujet, M. Garrisson a écrit une œuvre des plus méritoires et des plus utiles. Son travail n'est pas de ceux qui peuvent servir d'aliment à une curiosité malsaine, éveillée par le bruyant étalage de suicides à sensation; il est moins de nature à familiariser le public avec cette funèbre idée et à maintenir sur cette terrible plaie l'attention de certaines intelligences mal équilibrées, qu'à provoquer de la part de tous ceux qui ont souci du bien social, un examen attentif et réfléchi. A ces titres divers, sa lecture doit être, pensons-nous, chaudement recommandée, car le suicide a toujours existé et rien ne prouve qu'il n'existera pas toujours. C'est donc un objet d'études sinon attrayantes, du moins dignes d'une salutaire considération.

P. LOUIS-LUCAS.

TRAITÉ ÉLÉMENTAIRE D'ORGANISATION JUDICIAIRE, DE COMPÉTENCE ET DE PROCÉDURE EN MATIÈRE CIVILE ET COMMERCIALE,

Par M. Henry Bonfils, doyen de la Faculté de droit de Toulouse.
Compte rendu par M. A. Mérignhac,
professeur agrégé à la Faculté de droit d'Aix.

Le savant doyen de la Faculté de droit de Toulouse livre à la publicité une œuvre qui est le fruit de sérieuses recherches et d'une longue expérience. Ce travail est destiné, dans sa pensée, à compléter les notions trop fugitives du cours et à rappeler les impressions de la parole qui tendent si facilement à s'effacer. Ce but trop modeste a été dépassé : non seulement les élèves, mais encore les praticiens, demanderont au Traité d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure des renseignements précieux et la solution de la plupart des problèmes que soulève le conflit des intérêts privés. Mais ce que les étudiants retrouveront, à coup sûr, dans le livre, c'est cette fermeté de style et de doctrine, cette clarté de l'exposition qui ont pu être appréciées dans la parole du maître par ses nombreux auditeurs.

L'ouvrage est divisé en trois parties, division qui, ainsi que le fait remarquer l'auteur, était inspirée par le sujet lui-même. La première contient l'organisation judiciaire; la seconde a trait à la

Digitized by Google

composition et aux attributions des diverses juridictions; enfin la troisième se réfère aux règles qui régissent l'exercice de l'action en justice.

Dans la première partie, une place importante est consacrée, sous forme d'appendice, à la loi du 30 juin 1883 qui a modifié profondément l'organisation judiciaire, loi qui n'a été votée qu'après l'impression de cette première partie et qui sera fondue dans les éditions subséquentes. La seconde partie débute par un remarquable exposé de la classification des actions, classification fort importante en ce sens qu'elle se rattache à la distinction des droits eux-mêmes. La difficile matière des actions possessoires y est exposée avec une grande lucidité, et des exemples choisis avec soin permettent de délimiter les domaines respectifs du possessoire et du pétitoire. Mentionnons encore les discussions relatives soit au droit d'action du ministère public dans le cas prévu par l'art. 4 de la loi du 20 avril 1810, soit à la mission des tribunaux français à l'égard des étrangers, en rappelant qu'à propos de ce dernier point l'auteur a fait preuve ailleurs d'une compétence spéciale. Dans la troisième partie, après un rapide exposé historique, on rencontre, sous la rubrique : dispositions générales, les règles relatives aux pouvoirs des tribunaux, aux temps, lieux, délais et autres notions générales qui dominent l'ensemble. Puis la procédure se développe en trois phases relatives, l'une à la première instance, une autre aux voies de recours contre les jugements, et la troisième à l'exécution de ces jugements.

Dans la première phase, il est question, en premier lieu, de la procédure devant les tribunaux civils d'arrondissement ou procédure ordinaire. Après le préliminaire de conciliation, l'action se déroule devant le tribunal, depuis l'ajournement jusqu'au jugement contradictoire. Ce long et aride exposé des divers actes de procédure est rendu intéressant par des espèces judicieusement choisies, par des transitions faciles qui soutiennent l'attention défaillante. Une large part est faite soit aux rapprochements avec le droit romain, par exemple à l'analogie qui existe entre la *litis contestatio* et la mise en état, soit aux théories de droit civil que l'auteur rencontre sur sa route, telles que celles concernant la comparaison du délai de droit et du délai de

Digitized by Google

grâce et l'autorité de la chose jugée. Puis vient l'exposé du défaut, de ses diverses acceptions et de ses conséquences spécialement au point de vue de l'opposition. La procédure dont il a été jusqu'ici question est la procédure dégagée de toute complication. Les incidents sont ensuite étudiés ; ici encore des exemples pleins d'à-propos font oublier la sécheresse du fond ; nous avons surtout remarqué l'exposition large et facile du système des preuves. L'examen de la procédure ordinaire terminé, nous passons à celui des procédures spéciales devant le juge des référés, le juge de paix et les tribunaux de commerce.

Dans la seconde phase qui a trait aux voies de recours contre les jugements, l'appel est soigneusement examiné d'abord et les règles servant à fixer le taux du premier et du dernier ressort sont très exactement posées. Viennent ensuite les voies de recours extraordinaires où des développements étendus sont consacrés au pourvoi en cassation.

L'ouvrage se termine là, et il n'est pas traité de la troisième phase, c'est-à-dire de celle des voies d'exécution qui n'est pas dans le programme du cours. Il serait à souhaiter que l'auteur nous donnât quelques notions générales sur le droit d'exécution et les diverses saisies ; ce serait le complément indispensable de ce qui précède. Il y aurait même pour lui mieux à faire en livrant au public le résultat des recherches qu'a dû lui coûter la préparation de son cours sur les voies d'exécution professé à la Faculté de Toulouse, et dont celui qui écrit ces lignes a gardé le meilleur souvenir. Le succès a déjà couronné l'œuvre de M. Bonfils, et ce succès est légitimé pleinement soit par les efforts que révèle l'ouvrage, soit par le mérite incontestable qu'ont reconnu en lui tous ceux qui s'intéressent aux choses de la procédure. La révision importante dont le Code de procédure civile va être incessamment l'objet fournira à l'auteur l'occasion toute naturelle de nous donner une édition nouvelle, où figurera l'examen critique de la refonte législative, et qui sera aussi favorablement accueillie que la première dans le monde juridique.

A. MÉRIGNHAC.

L'Editeur-Gérant : F. PICHON.

Paris. — Impr. F. Pichon, 30, rue de l'Arbalète, et 24, rue Soufflot.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE.

(Année judiciaire 1886-1887).

Par M. E. Wallon, professeur à la Faculté de droit de Toulouse.

Abus d'autorité. — Le maire a-t-il le pouvoir de faire expulser des conseillers municipaux de la salle des séances?

Chasse. — Le fait par un maire d'organiser une battue sans avoir, au préalable, observé les prescriptions de l'art. 90 n° 9 de la loi du 5 avril 1884 constitue-t-il un fait personnel?

Conflit. — Le conseil de préfecture est-il compétent pour connaitre des dommages résultant du défaut d'entretien d'ouvrages publics? — Le ministère d'un avocat au Conseil d'État est-il obligatoire devant le Tribunal des conflits?

Conseil de fabrique. — Le ministre peut-il, en l'absence d'une proposition de l'évêque, prononcer la révocation d'un conseil de fabrique et interdire aux membres révoqués de faire partie du nouveau conseil?

Médicaments. — Les pastilles de Vichy sont-elles une composition ou préparation pharmaceutique dont la vente soit interdite aux épiciers et aux droguistes?

Plus value. — La transformation d'une impasse en une rue large et commodément accessible constitue-t-elle une plus-value de nature à être compensée avec l'indemnité de dommages?

Police municipale. — Le maire peut-il, sans excès de pouvoirs, ordonner la suppression d'un puisard situé dans une propriété privée?

ABUS D'AUTORITÉ.

Le maire a-t-il le pouvoir de faire expulser des conseillers municipaux de la salle des séances?

Le 27 septembre 1885, le conseil municipal de la commune de Capestang (Hérault) votait, sur la proposition du sieur Fournès, maire de ladite commune, un règlement d'ordre intérieur permettant au maire d'interdire la parole et l'exercice du droit de vote aux conseillers qui arriveraient aux séances après l'appel nominal; ce règlement autorisait, en outre, le maire à faire expulser par la force les conseillers qui voudraient, dans ces circonstances, prendre part à la discussion ou aux votes. Le 19 novembre 1885, les sieurs Bastoul, Portes, Gerson et Gervais, conseillers, étant arrivés en retard, le maire leur défendit de par-

Digitized by Google

ticiper aux travaux de l'assemblée, et, sur leur protestation, les fit expulser violemment par la gendarmerie. Ces expulsions se reproduisirent à diverses reprises. Les conseillers municipaux victimes de ces actes de violence portèrent plainte ; le maire de Capestang fut poursuivi, en vertu des art. 186, 198 et 211 du Code pénal, devant le tribunal correctionnel de Béziers, et condamné à 200 fr. d'amende et à 400 fr. de dommages-intérêts. Ce jugement a été confirmé par la Cour de Montpellier, à la date du 3 juillet 1886.

Le maire soutenait, en premier lieu, que l'art. 55 de la loi du 5 avril 1884 lui conférait le pouvoir d'expulser des conseillers municipaux de la salle des séances. Cette interprétation est inadmissible. La disposition de l'art. 55 est la conséquence nécessaire du principe de la publicité des séances consacré par l'art. 54. La présence du public pouvant occasionner des désordres, le maire devait être armé de pouvoirs suffisants pour faire respecter la liberté des délibérations et des votes du conseil ; au nombre de ces pouvoirs figure le droit d'expulsion. Mais ce droit s'applique uniquement au public qui assiste aux séances et non aux conseillers municipaux. L'art. 55 se sert d'ailleurs de termes qui ne laissent place à aucune équivoque. « Le maire peut faire expulser de l'*auditoire*... » Les conseillers ne siègent pas évidemment dans l'auditoire, donc ils ne peuvent pas être expulsés.

Le prévenu excipait, en second lieu, du règlement voté par le conseil municipal de Capestang, le 27 septembre 1885. Ce règlement ne suffisait pas à justifier les mesures prises par le maire, car il était nul de plein droit, aux termes de l'art. 63 de la loi du 5 avril 1884 ; il n'appartient pas, en effet, à un conseil municipal de créer des motifs d'exclusion que la loi n'a pas prévus et d'édicter des pénalités ayant pour résultat de mettre les conseillers retardataires dans l'impossibilité de remplir le mandat qu'ils tiennent de leurs électeurs. La nullité de droit doit, il est vrai, d'après l'art. 65, être déclarée par le préfet en conseil de préfecture, d'où quelques auteurs soutiennent que la délibération est exécutoire tant que la déclaration de nullité n'a pas eu lieu. Mais, même en admettant cette thèse, le maire ne pouvait s'abriter derrière le règlement. D'après la teneur et la combinaison

Digitized by Google

des divers articles de ce règlement, il ne devait être procédé à l'expulsion d'un ou de plusieurs membres du conseil, qu'après que cette explulsion aurait été mise aux voix. Or, le sieur Fournès avait fait brutalement expulser les plaignants de sa propre autorité, sur sa propre réquisition, sans que cette mesure eût été votée par l'assemblée.

Le prévenu prétendait, en outre, que l'acte incriminé avait été accompli par lui dans l'exercice de ses fonctions de maire, qu'il s'agissait d'un acte administratif et que, par conséquent, l'autorité judiciaire était incompétente pour en connaître. La Cour de Montpellier a jugé très justement que « des actes aussi abusifs ne rentrent point dans les attributions du président du conseil municipal et dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés par la loi, et ne constituent pas des actes administratifs, mais des faits personnels à Fournès, qui engagent sa responsabilité dans les termes du droit commun, et qu'il y a lieu pour la Cour d'en retenir la connaissance. » Nous ajouterons que si la distinction entre l'acte administratif et le fait personnel est souvent délicate, aucune hésitation n'est possible lorsque l'acte incriminé est un crime un délit ou une contravention. Dans ces cas, l'acte est certainement un fait personnel. Or, le sieur Fournès a commis un délit, il est donc justiciable des tribunaux ordinaires.

Mais quel est le caractère du délit reproché au maire de Capestang? Le prévenu soutenait que l'acte devait être qualifié de simple attentat à la liberté et tombait sous le coup de l'art. 114 du Code pénal aux termes duquel « lorsqu'un fonctionnaire public, un agent ou un préposé du gouvernement aura ordonné ou fait quelque acte arbitraire ou attentatoire soit à la liberté individuelle, soit aux droits civiques d'un ou de plusieurs citoyens, soit à la charte, il sera condamné à la peine de la dégradation civique..... » La Cour de Montpellier a pensé que le sieur Fournès s'était rendu coupable de l'abus d'autorité visé par l'art. 186, du Code pénal. Cette dernière solution nous paraît à l'abri de toute critique. Pour que l'art. 186 soit applicable, quatre conditions sont requises; il faut : 1° que l'agent ait la qualité de fonctionnaire ou de préposé du gouvernement ; 2° qu'il ait usé de violences envers les personnes; 3° que ces violences

Digitized by Google

aient été commises pendant l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions; 4° qu'elles aient été exercées sans motif légitime. Or, dans l'espèce, ces quatre conditions étaient remplies. Vainement objecterait-on que l'expulsion même *manu militari* ne constitue pas une violence assez caractérisée pour motiver l'application de l'art. 186. Comme le disent, avec beaucoup de raison, les auteurs de la théorie du Code pénal (4e éd., t. III, n° 762) « l'art. 186 enveloppe également dans sa diposition les violences de toute espèce, les plus légères et les plus graves..... Toute distinction puisée dans le degré des violences n'eût pas été fondée dans le système de la loi, puisque les règles de responsabilité et de justification sont nécessairement les mêmes dans tous les cas; c'est que ces règles puisent leur force dans les motifs de l'action et non dans les circonstances extérieures. »

CHASSE.

Le fait par un maire d'organiser une battue sans avoir, au préalable, observé les prescriptions de l'art. 90 n° 9 de la loi du 5 avril 1884, constitue-t-il un fait personnel?

La Cour de cassation a admis l'affirmative dans un arrêt à la date du 12 juin 1886.

Aux termes de l'art. 90 n° 9 de la loi municipale « le maire est chargé, sous le contrôle du conseil municipal et la surveillance de l'administration supérieure, de prendre, de concert avec les propriétaires ou les détenteurs du droit de chasse dans les buissons, bois et forêts, toutes les mesures nécessaires à la destruction des animaux nuisibles désignés dans l'arrêté du préfet pris en vertu de l'art. 9 de la loi du 3 mai 1844; de faire, pendant le temps de neige, à défaut des détenteurs du droit de chasse, à ce dûment invités, détourner les loups et sangliers réunis sur le territoire; de requérir, à l'effet de les détruire, les habitants avec armes et chiens propres à la chasse de ces animaux; de surveiller et d'assurer l'exécution des mesures ci-dessus et d'en dresser procès-verbal. » De cette disposition il résulte que le droit pour le maire de prescrire des battues dans un intérêt général ne peut s'exercer que sous la condition d'une invitation

Digitized by Google

préalable adressée au détenteur du droit de chasse d'avoir à détourner, dans un certain délai, les sangliers et les loups réunis dans ses bois. A défaut par le détenteur du droit de chasse de déférer à cette invitation, mais dans ce cas seulement, le maire est autorisé à organiser les battues rendues nécessaires par la présence d'animaux nuisibles dans la contrée.

Ces principes rappelés, examinons les faits du procès. Le 26 novembre 1884, le sieur Michel, maire de la commune de Lacour d'Arcenay, avertissait M. le comte de Thy qu'une battue allait avoir lieu dans ses bois. L'avertissement était ainsi conçu : « Monsieur le comte, j'ai l'honneur de vous prévenir que nous allons donner une battue à midi dans les petites Catties et dans les futaies, si vous voulez vous y présenter ou vous y faire représenter. Agréez mes salutations. Le maire (signé) Michel. » A l'heure dite, la forêt était envahie par le maire accompagné d'un grand nombre de chasseurs. Le comte de Thy a fait citer devant le tribunal correctionnel de Semur le sieur Michel et les sieurs Baillet père, Baillet fils, Carlier, Tripier, Myot et Simon, pour avoir chassé sans autorisation dans les bois dont il est propriétaire. N'ayant pas obtenu pleine satisfaction, le plaignant a interjeté appel, et la Cour de Dijon, dans un arrêt à la date du 4 janvier 1886, a relaxé les prévenus de la poursuite dont ils étaient l'objet. Le comte de Thy a formé un pourvoi devant la Cour suprême qui, le 12 juin 1886, a cassé l'arrêt de la Cour de Dijon.

La Cour de cassation avait à rechercher, en premier lieu, si les prescriptions de l'art. 90 n° 9 de la loi du 5 avril 1884 avaient été observées. Sur ce point la négative n'était pas douteuse. Assurément il n'est pas indispensable que l'invitation exigée par ce texte soit faite au moyen d'un arrêté notifié au détenteur du droit de chasse, mode de procéder qui, nous le reconnaissons, serait le plus régulier, mais encore faut-il que cette invitation ait eu lieu d'une manière quelconque, et qu'un certain délai soit accordé au propriétaire pour qu'il puisse se mettre en mesure de détourner les animaux signalés dans ses bois. Or, le maire de Lacour d'Arcenay s'était borné à prévenir, un matin, M. de Thy que le jour même, à midi, une battue allait se faire

Digitized by Google

sur ses terres. Cet avertissement ne constituait pas évidemment l'invitation prescrite par la loi de 1884. L'arrêté municipal était donc illégal.

Mais quelle devait être, au point de vue de la compétence, la conséquence de cette illégalité ? Telle était la seconde question à résoudre. La Cour de Dijon l'a ainsi tranchée : « Considérant que si le maire paraît, dans la circonstance, ne pas s'être exactement conformé aux prescriptions de la loi précitée, en ce que, au lieu d'inviter préalablement le comte de Thy à faire détourner et détruire, dans un délai fixé, les sangliers réunis dans ses bois et de n'ordonner les battues qu'à défaut par lui d'avoir déféré à l'invitation, il a, chaque fois, de prime abord, ordonné les battues à jour et heures fixés, après en avoir simplement averti le propriétaire des bois, il n'en a pas moins agi dans le cercle de ses attributions et dans un but d'utilité publique; qu'en procédant ainsi, il faisait un acte de ses fonctions administratives qui ne peut tomber sous le contrôle de l'autorité judiciaire... » L'opinion contraire a été admise par la Cour de cassation. « Attendu, dit-elle, qu'il résulte de l'arrêt attaqué que le maire de Lacour d'Arcenay a, le 24 novembre 1884, de concert avec les prévenus et un grand nombre d'autres chasseurs, procédé à la chasse des sangliers dans les bois de de Thy sans avoir mis ce dernier en demeure de détourner lesdits animaux; que le fait ainsi précisé constituait non un acte administratif, mais un fait personnel du sieur Michel, dont il appartenait à l'autorité judiciaire d'apprécier la nature et les conséquences... » Nous nous rangeons à cette dernière opinion. Sans doute, l'acte reproché au maire a été accompli par lui dans l'exercice de ses fonctions, sans doute l'illégalité d'un acte émanant d'un agent de l'administration n'enlève pas toujours et nécessairement à cet acte le caractère d'acte administratif; mais il y a de ces illégalités tellement flagrantes, tellement indéniables, que l'acte qui en est inficié dégénère en un fait personnel. Tel est le cas du maire de Lacour d'Arcenay. Il a commis une atteinte évidente aux droits privés; l'acte qui lui est reproché est un fait de malice ou d'impéritie caractérisé au point de constituer une faute de droit commun. Il y a donc lieu de lui appliquer le principe consacré

Digitized by Google

par la jurisprudence de la Cour de cassation et du Tribunal des conflits, d'après lequel l'autorité judiciaire est compétente pour connaître des fautes de droit commun commises par un agent de l'administration même dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctious. Cette solution est d'autant plus nécessaire que, dans le système contraire, M. de Thy serait absolument désarmé ; il ne pourrait former un recours utile devant l'autorité administrative que contre un arrêté quelconque ; or, le maire de Lacour d'Arcenay n'ayant pris aucun arrêté, le plaignant serait dans l'impossibilité absolue de se pourvoir soit devant le ministre, soit devant le conseil de préfecture, soit devant le Conseil d'Etat.

Envisageons maintenant la situation des prévenus qui avaient coopéré à la battue. Au surplus, c'est la seule dont la Cour de Dijon et la Cour de cassation aient eu à se préoccuper, car le sieur Michel était décédé avant que la Cour de Dijon ne statuât sur l'appel, et ses héritiers n'avaient pas été mis en cause. Les sieurs Baillet père et fils et consorts excipaient de leur bonne foi. Ce moyen était irrecevable en présence de l'art. 20 de la loi du 3 mai 1844 aux termes duquel « l'art. 463 du Code pénal ne sera pas applicable aux délits prévus par la présente loi. » La jurisprudence est d'ailleurs constante en ce sens. Les prévenus soutenaient, en second lieu, qu'en assistant à la battue, ils n'avaient fait qu'obtempérer à une injonction administrative qu'ils considéraient comme légale et obligatoire, qu'il y avait donc eu de leur part absence de liberté et de volonté, et qu'en conséquence ils devaient échapper à toute répression. La Cour de cassation a admis, dans de nombreux arrêts, que l'absence de liberté ou de volonté efface tout délit ou contravention, et cette solution, quoique contestée par quelques auteurs, nous paraît seule conforme aux principes de notre droit pénal. Il faut donc rechercher si les sieurs Baillet et consorts avaient agi librement et volontairement. Pour résoudre la question, il est indispensable de se prononcer sur le caractère de la convocation adressée par le maire aux habitants de la commune. Etait-ce une réquisition dans le sens de l'art. 475 n° 12 du Code pénal ; n'était-ce, au contraire, qu'une simple invitation à une partie de

Digitized by Google

chasse? Au premier cas, les habitants étaient obligés de se rendre à l'appel du maire; ils ne commettaient donc, en s'y rendant, aucun délit de chasse. Au second cas, ils restaient absolument libres d'accepter ou de refuser l'invitation à eux faite, et, en l'acceptant, ils se rendaient coupables d'un délit qui leur était imputable et dont ils assumaient les conséquences pénales. Or, l'arrêt de la Cour de Dijon déclare que « les battues ont été annoncées à son de caisse et que les habitants ont été appelés à s'y rendre sous peine d'amende. » La Cour de cassation a jugé que ces expressions n'étaient pas assez explicites pour qu'on pût reconnaître si la convocation avait ou non le caractère de la réquisition légale prévue par l'art. 475 n° 12 du Code pénal. Nous ne saurions partager cette appréciation. Du moment que les habitants étaient tenus de participer à la battue, sous peine d'amende, la convocation était obligatoire; or, quels que soient les termes employés, qu'on qualifie l'acte d'avis, d'invitation ou de convocation, il importe peu; il suffit que cet acte soit obligatoire pour qu'il ait nécessairement le caractère d'une réquisition dans le sens de l'art. 475. Nous concluons donc que l'excuse tirée de l'absence de liberté et de volonté était recevable et que les prévenus devaient être relaxés.

CONFLIT.

Le conseil de préfecture est-il compétent pour connaître des dommages résultant du défaut d'entretien d'ouvrages publics? — Le ministère d'un avocat au Conseil d'Etat est-il obligatoire devant le Tribunal des conflits?

Le 27 mars 1884, la demoiselle O'Caroll passant sur un trottoir de la rue Pigalle fit une chute si malheureuse qu'elle se fractura la jambe gauche. Attribuant cet accident au mauvais état du trottoir, elle assigna le préfet de la Seine, représentant la Ville de Paris, devant le tribunal civil de la Seine en paiement d'une indemnité. Le préfet, agissant au nom de la puissance publique, proposa un déclinatoire d'incompétence qui fut accueilli par jugement du 19 mars 1885. Sur l'appel formé par la demoiselle O'Caroll, la Cour réforma la décision attaquée et renvoya les parties devant le tribunal de la Seine composé

Digitized by Google

d'autres juges. Le préfet introduisit un nouveau déclinatoire qui fut également admis à la date du 30 novembre 1885. La plaignante ayant interjeté appel, le préfet prit un arrêté de conflit sur lequel le Tribunal des conflits a statué, le 17 avril 1886, dans les termes suivants : « Vu le mémoire en déclinatoire.... Ouï mademoiselle O'Caroll et Me Arbelet en leurs observations; considérant que d'après l'assignation, l'accident et les conséquences malheureuses qu'il a eues ont pour cause unique le défaut d'entretien de la rue Pigalle et qu'aux termes de l'arrêt du 23 juillet 1885 qui, par infirmation du jugement d'incompétence du 19 mars précédent, a renvoyé la cause et les parties devant le tribunal composé d'autres juges, ils sont imputés au mauvais état de ce trottoir et à l'absence de mesures de précautions pour préserver les passants de tout péril ; considérant que, dans ces circonstances, la demande se rattache par un lien indivisible à l'exécution ou à l'inexécution de travaux publics ; que, dès lors, c'est à l'autorité administrative qu'il appartient d'en connaître par application, de l'art. 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII; décide : l'arrêté de conflit pris, le 6 janvier 1886, par le préfet de la Seine est confirmé. »

Cette décision soulève deux questions, l'une de compétence, l'autre de procédure à suivre devant le Tribunal des conflits.

Sur la question de compétence il serait superflu d'insister. La jurisprudence paraît, en effet, définitivement fixée en ce sens que le conseil de préfecture est seul compétent pour connaître des actions qui tendent à obtenir la réparation des dommages résultant du défaut d'entretien d'ouvrages publics, sans distinguer si ces dommages ont été causés aux propriétés ou aux personnes.

La seconde question nécessite quelques explications. On peut la formuler ainsi : la partie intéressée dans l'instance qui donne lieu à un conflit positif d'attributions est-elle obligée de recourir au ministère d'un avocat au Conseil d'État ? Le Tribunal des conflits, rompant avec les traditions, s'est prononcé pour la négative. Il a admis le mémoire redigé, signé et produit par la demoiselle O'Caroll, et il a autorisé ladite demoiselle à présenter elle-même, en séance publique et sans l'assistance d'un avocat

Digitized by Google

dont elle avait énergiquement refusé le concours, les observations qui devaient, à son avis, entraîner l'annulation du conflit. Cet essai d'innovation est ainsi apprécié par l'annotateur du *Recueil des arrêts du Conseil d'Etat* : « Nous ne saurions voir dans le précédent ci-dessus relaté qn'une mesure tout à fait exceptionnelle et de pure courtoisie vis-à-vis d'une étrangère, et nous pensons qu'il serait, en droit, peu régulier, et, en fait, plus dangereux qu'utile de le transformer en un principe dont l'application pourrait devenir ou très arbitraire ou très gênante. »

Examinons la question en droit strict.

Les avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation sont à la fois avocats et avoués. Ils remplissent aussi ce double rôle auprès du Tribunal des conflits. Ils jouissent d'un véritable monopole, car nul autre qu'eux ne peut ni postuler ni plaider devant ces trois juridictions. Mais s'ensuit-il que leur ministère soit obligatoire devant le Tribunal des conflits ? En tant qu'avocats, la négative est évidente. La faculté pour les parties de plaider elles-mêmes leur propre cause est, en effet, un droit incontestable dont l'art. 85 du Code de procédure a fait une application spéciale aux matières civiles. En tant qu'avoués, leur concours ne nous paraît pas non plus obligatoire. L'art. 85 précité, exige, il est vrai, que la partie qui se défend elle-même soit assistée d'un avoué; mais cette règle ne doit pas être étendue aux instances devant le Tribunal des conflits. Devant ce tribunal on suit une procédure particulière. Les parties ne jouent pas un rôle actif ; elles ne sont ni demanderesses ni défenderesses. Le conflit d'attributions n'est pas une contestation de compétence entre particuliers, mais bien un débat d'ordre public entre deux branches du pouvoir exécutif. Les deux parties en cause sont, en réalité, l'autorité judiciaire et l'autorité administrative ; et il s'agit moins de l'application des lois civiles en vue d'intérêts privés que de l'exécution des lois constitutionnelles dans l'intérêt de l'ordre public. A raison de ce caractère du débat, il est défendu aux parties, contrairement aux règles ordinaires du contentieux, de prendre des conclusions. Cette prohibition, qui a été fréquemment consacrée par le Conseil d'Etat, résulte des art. 13, 14 et 15 de l'ordonnance du 1er juin 1828. Elle se rattache au principe

Digitized by Google

écrit dans l'art. 7 de l'ordonnance du 12 décembre 1821, d'après lequel « il ne sera prononcé, sur ces observations, quelque jugement qui intervienne, aucune condamnation de dépens. » Or, s'il est défendu de prendre des conclusions devant le Tribunal des conflits, on comprend aisément qu'il ne soit pas nécessaire de recourir à un avoué dont la principale attribution consiste à conclure. Au surplus, le règlement du 26 octobre 1849 nous paraît avoir nettement tranché la question en ce sens. D'après l'art. 11 de ce règlement « sont applicables au Tribunal des conflits les art. 88 et suivants du Code de procédure civile sur la police des audiences. » Que conclure de cette disposition sinon que les art. 85 à 87 du même Code ne sont pas applicables au Tribunal des conflits et que, notamment, la règle de l'art. 85, en vertu de laquelle le ministère d'un avoué est obligatoire, ne doit pas être étendue à la matière des conflits.

Parmi les nombreux textes qui réglementent la procédure à suivre devant ce tribunal, il n'en est pas un duquel on puisse faire découler l'obligation pour les parties d'être assistées d'un avoué. Tout au contraire, pleine et entière liberté leur est laissée à cet égard. L'art. 4 du règlement du 26 octobre 1849 ne laisse aucun doute sur ce point : « Les avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation *peuvent* être chargés par les parties intéressées de présenter devant le Tribunal des conflits des mémoires et des observations. » L'art. 15 de l'ordonnance du 1er juin 1828 n'est pas moins formel : « Il sera statué sur le conflit au vu des pièces ci-dessus mentionnées, ensemble des observations et mémoires qui auraient pu être produits par les parties *ou* leurs avocats, dans le délai de quarante jours... » Enfin l'art. 5 de l'ordonnance du 12 décembre 1821 prévoit expressément l'hypothèse où la partie n'est pas assistée d'un avoué. « Les observations seront fournies par simple mémoire signé de la partie ou d'un avocat en nos conseils; lorsque la partie signera seule, sa signature sera légalisée par le maire de son domicile. » Quelques dispositions de cette ordonnance ont, il est vrai, été abrogées par l'ordonnance du 1er juin 1828; mais nous pensons, avec M. Chauveau, que l'art. 5 est encore en vigueur.

La décision du Tribunal des conflits doit donc être considérée

Digitized by Google

non pas comme une décision de faveur, mais comme la consécration d'un droit incontestable.

CONSEIL DE FABRIQUE.

Le ministre peut-il, en l'absence d'une proposition de l'évêque, prononcer la révocation d'un conseil de fabrique et interdire aux membres révoqués de faire partie du nouveau conseil ?

A la suite de graves irrégularités commises dans sa gestion par le conseil de fabrique de l'église succursale de Joinville-le-Pont, le ministre des cultes a pris, à la date du 9 février 1885, un arrêté dont le dispositif est ainsi conçu : « Art. 1er. Le conseil de fabrique de la paroisse succursale de Joinville-le-Pont est révoqué. — Art. 2. Il est procédé à la formation d'un nouveau conseil de fabrique d'après les règles établies par l'art. 6 du décret du 30 décembre 1809. — Art. 3. Les membres du conseil de fabrique révoqués ne pourront faire partie du nouveau conseil et seront tenus de rendre compte de leur gestion à leurs successeurs, lesquels devront faire immédiatement toutes les diligences nécessaires pour le maintien des droits de la fabrique et le recouvrement des sommes qui lui seraient dues conformément aux dispositions du décret du 30 décembre 1809, ainsi que pour assurer la responsabilité du trésorier et des fabriciens sortants... »

Les conseillers révoqués ont demandé au Conseil d'Etat l'annulation de cet arrêté pour excès de pouvoirs. Leur requête soulevait deux moyens. Ils alléguaient : 1° que la révocation était illégale parce qu'elle n'avait pas été provoquée par l'archevêque de Paris ; 2° que le ministre des cultes avait outrepassé ses droits en interdisant aux membres révoqués de faire partie du nouveau conseil de fabrique.

Sur le premier moyen nous nous sommes incidemment prononcé lorsque nous avons examiné la question de savoir si les nombres d'un conseil de fabrique sont des fonctionnaires publics au sens de l'art. 197 du code pénal. (Voir *Revue critique*, 1886, p. 556). Nous devons justifier l'opinion que nous avons déjà émise. A l'appui de leurs prétentions, les requérants invoquaient l'art. 5 de l'ordonnance du 12 janvier 1825 aux termes duquel « sur la demande des évêques et l'avis des préfets, notre ministre secré-

Digitized by Google

taire d'Etat des affaires ecclésiastiques et de l'instruction publique pourra révoquer un conseil de fabrique pour défaut de présentation du budget et de reddition de comptes, lorsque ce conseil requis de remplir ce devoir aura refusé ou négligé de le faire, ou pour toute autre cause grave... » D'après ce texte, disait le pourvoi, l'exercice du droit de révocation conféré au ministre des cultes est subordonné à une condition absolument indispensable : la demande de l'évêque ou de l'archevêque. Or, dans l'espèce, l'archevêque de Paris avait été invité à faire connaître son avis ; après avoir examiné les irrégularités reprochées au conseil de fabrique de Joinville-le-Pont, il a estimé qu'elles n'étaient pas assez graves pour motiver une mesure aussi rigoureuse que la révocation ; aussi s'est-il opposé à cette révocation. Donc, concluaient les requérants, le ministre, en révoquant le conseil de fabrique, nonobstant l'opposition de l'archevêque de Paris, a manifestement violé l'ordonnance de 1825.

Ce raisonnement nous paraît inexact ; il est en opposition avec l'esprit général de la législation ecclésiastique. Il est de principe que dans toutes les questions d'ordre ecclésiastique de nature à diviser l'autorité diocésaine et l'autorité préfectorale, ces deux autorités sont placées sur un pied d'égalité absolue ; le préfet a autant de pouvoirs que l'évêque et réciproquement. Or, d'après l'art. 5 de l'ordonnance de 1825, il n'est pas nécessaire que le préfet ait demandé la révocation d'un conseil de fabrique pour que le ministre ait le droit de la prononcer. Donc, interpréter cet article en ce sens que, à défaut d'une demande de révocation de la part de l'évêque, le ministre est impuissant à prendre une pareille mesure, serait attribuer à l'évêque un droit supérieur à celui du préfet. Il y aurait là une dérogation aux principes ci-dessus rappelés, dérogation qu'aucune raison ne justifie et que les termes de l'article 5 ne suffisent pas à autoriser. Les deux expressions *demande de l'évêque* et *avis du préfet* ont la même acception ; elles signifient que ces deux autorités doivent être préalablement consultées ; mais le ministre n'est pas plus lié par l'avis de l'évêque qu'il ne l'est par celui du préfet.

Cette interprétation est consacrée par la jurisprudence administrative. Comme le dit fort justement l'arrêt du Conseil d'Etat

Digitized by Google

du 19 mars 1886 rendu dans l'affaire actuelle : « Considérant que l'art. 5 de l'ordonnance de 1825 n'a fait que conférer aux évêques le droit de prendre l'initiative de ces mesures toutes les fois qu'elles leur paraîtraient utiles au point de vue des intérêts du culte, mais qu'il n'a point enlevé au ministre le droit d'apprécier les causes graves qui, même en l'absence d'une proposition de l'évêque, pourraient rendre une révocation nécessaire ; qu'il suit de là que le ministre des cultes a pu, sans excéder ses pouvoirs, prononcer, bien qu'elle n'eût pas été demandée par l'archevêque de Paris, la révocation du conseil de fabrique de Joinville-le-Pont.... » Les auteurs qui ont traité la question adoptent la même solution. M. Gaudry (*Traité de la législation des cultes*, t. III, p. 217) s'exprime ainsi : « Qu'arriverait-il si une fabrique se rendait coupable de faits graves et que l'évêque ne voulût pas prononcer la révocation ? Le ministre pourrait-il d'office la prononcer ? Nous le pensons : la provocation de l'évêque et l'avis du préfet ont pour unique objet de prévenir et d'éclairer l'autorité ; mais un droit de juridiction est donné au ministre par la loi ; il serait donc légitimement exercé si la révélation des faits lui était directement acquise. D'ailleurs, l'autorité supérieure statue sur tout ce qui intéresse l'ordre public, lors même que les chefs administratifs inférieurs garderaient le silence. » Mgr. André, qu'on ne saurait certainement suspecter en pareille matière, n'est pas moins formel. « Il est vrai, dit-il dans son *Traité de la législation ecclésiastique* (v° *Fabriques*, t. III, p. 88), que l'ordonnance ne parle que du cas où la révocation serait demandée par l'évêque, mais nous ne pensons pas que la demande de l'évêque soit une condition expresse et indispensable pour l'exercice du droit de révocation ; nous estimons, au contraire, que le ministre peut également prononcer cette révocation soit d'office, soit sur la demande de toute partie intéressée. » Enfin, le *Journal des fabriques* (année 1834, p. 31) rapporte une consultation rédigée dans le même sens et signée par Berryer, Hennequin, Odilon Barrot, Dupin, Duvergier, Crémieux, Aristide Boué et Millot.

A ces nombreuses et imposantes autorités les requérants opposaient l'opinion formulée par le gouvernement dans l'exposé

Digitized by Google

des motifs accompagnant un projet de loi sur les fabriques, déposé sur le bureau de la Chambre des députés le 1er mai 1880. L'art. 2 de ce projet de loi destiné à remplacer l'art. 5 de l'ordonnance de 1825 est ainsi motivé : « L'ordonnance du 15 janvier 1825 avait pour but de faire cesser un autre abus dont l'existence s'était révélée depuis l'application du décret du 30 décembre 1809. Un certain nombre de conseils de fabrique, soit par mauvaise volonté, soit plus fréquemment encore par ignorance et négligence, refusaient de présenter leur budget et de rendre leur compte. Dans l'intention de réprimer ce désordre, l'auteur de l'ordonnance du 12 janvier 1825 investit le gouvernement d'un droit nouveau celui de révoquer ce conseil de fabrique. Toutefois, le gouvernement ne reçut la faculté d'exercer ce droit de révocation que sur la demande des évêques et l'avis des préfets. Ce remède était insignifiant : d'une part, parce que le gouvernement était obligé d'attendre que l'évêque prît l'initiative de la demande, ce qui souvent lui répugnait par des motifs aisés à comprendre.... L'art. 2 du projet de loi améliore cette situation. Désormais le gouvernement aura le droit de révocation non seulement sur l'initiative de l'évêque, mais aussi sur la demande du préfet. » L'argument tiré de ce passage serait certainement concluant en faveur de la thèse du pourvoi si l'opinion émise par l'auteur de l'exposé des motifs était indiscutable. Or, il n'en est rien; ce n'est là qu'une opinion isolée, combattue par la jurisprudence administrative et l'unanimité de la doctrine, et dont la valeur est, par conséquent, des plus contestables. Tout ce qu'il est permis de conclure de cet exposé des motifs, c'est que la question est à la rigueur controversable.

Nous arrivons au second moyen. Il était pris de ce que le ministre n'avait pas le droit d'interdire aux membres révoqués de faire partie du nouveau conseil. Le Conseil d'État n'a pas accueilli ce moyen. « Considérant, porte l'arrêt du 19 mars 1886, qu'on ne saurait inférer des termes de l'art. 3 de l'arrêté attaqué que le ministre des cultes ait entendu créer une incapacité qu'il ne lui appartenait pas d'édicter par voie de disposition réglementaire; qu'il en résulte, au contraire, que le ministre, en ordonnant aux membres du conseil de fabrique par lui révoqués

Digitized by Google

de rendre compte de leur gestion, a fait connaître son intention d'exercer à nouveau son droit de révocation s'ils étaient appelés à faire partie du conseil qui sera reconstitué conformément à l'art. 6 du décret du 30 décembre 1809; qu'en faisant une pareille déclaration à l'appui de la reddition des comptes par lui ordonnée, le ministre des cultes n'a pas excédé la limite de ses attributions... » Nous ne saurions approuver ce considérant. Le Conseil d'État a dénaturé le sens de l'arrêté ministériel. Le ministre, dit l'arrêt, n'a pas entendu créer une incapacité ; mais l'opinion contraire du ministre résulte, de la façon la plus formelle, de son arrêté dont l'art. 3 porte « les membres du conseil de fabrique révoqués ne pourront faire partie du nouveau conseil. » Le ministre soutient, il est vrai, que cette interdiction étant le corollaire nécessaire et indispensable de la révocation, il avait le droit de la prononcer en même temps que la révocation. Pure affirmation. Une déchéance ne peut être encourue qu'en vertu d'un texte précis; or, aucun texte ne l'autorise. Le ministre pouvait, sans doute, recourir à une nouvelle révocation, mais là se bornait son droit. L'arrêt précité ne paraît laisser aucun doute à cet égard; car, en déclarant que le ministre n'avait pas entendu créer une incapacité, il admet par cela même que, si, telle avait été son intention, l'arrêté serait illégal. Le ministre ajoutait enfin que le pouvoir donné au gouvernement serait dérisoire si les membres frappés par lui n'étaient pas exclus de la nouvelle assemblée. Il est fâcheux, nous le reconnaissons, que l'évêque puisse, en renommant au conseil de fabrique, des membres que le ministre vient de révoquer, protester contre les décisions du gouvernement. Il y a là une lacune regrettable que le projet de 1880 avait précisément pour but de faire disparaître en donnant au gouvernement le droit de prononcer l'interdiction pour les membres révoqués de faire partie du nouveau conseil avant un délai de trois ans. Mais, dans l'état actuel de la législation il n'appartient pas au ministre des cultes de combler cette lacune.

MÉDICAMENTS.

Les pastilles de Vichy sont-elles une composition ou prépa-

Digitized by Google

ration pharmaceutique dont la vente soit interdite aux épiciers et aux droguistes ?

L'affirmative a été admise par la Cour d'appel de Poitiers à la date du 29 mai 1886 (*Gaz. Pal.*, 1886, 2me sem., p. 564). La négative résulte au contraire d'un arrêt de la Cour d'appel de Paris, du 18 mai 1886 (*Gaz. Pal.*, 1886, 2me sem., supp. 5). Nous adoptons cette dernière solution.

La loi du 21 germinal an XI a conféré aux pharmaciens un monopole pour la vente des compositions et préparations pharmaceutiques. Ce monopole établi, non dans un but économique, mais dans l'intérêt de la santé et de la sécurité publiques ne s'étend pas aux produits ou substances qui peuvent être considérés soit comme objet d'alimentation ou d'agrément, soit même comme ayant un simple caractère hygiénique. C'est ce qui a été jugé à de nombreuses reprises par la Cour de cassation (Voir notamment l'arrêt de rejet du 8 mai 1868 au sujet de l'eau de mélisse des Carmes, Dall. 1868. 1. 507). Il y a donc lieu de rechercher dans quelle catégorie de produits rentrent les pastilles vendues par la société fermière sous le nom de pastilles de Vichy.

Ce sont des compositions pharmaceutiques, dit la Cour de Poitier, car elles sont préparées avec du bicarbonate de soude, de la gomme adragante et du sucre. Or, le bicarbonate de soude est une substance médicamenteuse, et la gomme adragante est rangée par l'ordonnance du 20 septembre 1820 dans la classe des drogues médicales. Donc le produit obtenu par le mélange de ces substances médicamenteuses constitue une composition dont le débit est réservé aux pharmaciens. Ce raisonnement est inadmissible. Il ne suffit pas, pour qu'un produit rentre dans le monopole des pharmaciens, qu'il contienne une substance médicamenteuse, c'est-à-dire une substance fréquemment employée en médecine ; il faut que son usage puisse être nuisible à la santé publique. De l'avis de tous les médecins, les pastilles de Vichy sont absolument inoffensives ; elles présentent simplement des propriétés hygiéniques comme l'eau de Seltz, la fleur d'oranger et tant d'autres produits dont la préparation et la vente ne sont soumises à aucune restriction légale.

Mais, objecte-t-on, lesdites pastilles sont inscrites au Codex

Digitized by Google

approuvé par décret du 3 février 1884 sous la désignation suivante : « Tablettes de bicarbonate de soude, pastilles de Vichy ». Or, « le Codex contient les règles selon lesquelles les pharmaciens doivent préparer les médicaments qu'ils tiennent dans leur officine, d'où suit naturellement cette conséquence que les médicaments dont la formule de préparation ou de composition est inscrite au Codex sont des préparations ou compositions pharmaceutiques. » (Metz, 22 novembre 1866, Dall. 1866. 2. 216). La Cour de Paris a réfuté victorieusement cette objection. « Considérant, dit l'arrêt du 18 mai 1886, que l'inscription au Codex invoquée par la Société des pharmaciens à l'appui de sa thèse n'a aucune portée dans la cause ; que la nomenclature qui y est insérée n'est pas uniquement celle des médicaments, puisqu'il contient, en même temps, la liste d'un grand nombre de substances alimentaires et même inoffensives, telles que l'alcool, le café, le cacao, les huiles, etc... : que le Codex, aux termes de l'art. 32 de la loi de germinal an XI, n'a eu qu'un but : imposer aux pharmaciens, pour la préparation de certains médicaments, les formules adoptées par le corps médical ; que de là est venue la nécessité d'y inscrire toutes les substances entrant dans la composition des médicaments, dussent-elles y figurer à titre non médicinal ; Considérant qu'étendant les renseignements contenus au Codex, on est arrivé à y placer des compositions qui n'ont rien de médicinal, comme la poudre de riz, l'eau de Cologne, etc.., qu'il n'y a donc à tirer de l'inscription au Codex aucune indication précise quant à la nature du produit qui y est inscrit... »

Ajoutons que, si ces pastilles rentraient dans les préparations pharmaceutiques, l'art. 32 de la loi de germinal leur serait applicable, et il serait défendu aux pharmaciens de les débiter sans une ordonnance du médecin. Or, quel est le pharmacien qui se conforme à ces prescriptions ? Il faut donc admettre, ou bien que tous les pharmaciens commettent à chaque instant des infractions à la loi de germinal, ou bien que la vente des pastilles de Vichy échappe à toute restriction. Dans l'intérêt des pharmaciens eux-mêmes, ne vaut-il pas mieux opter pour la liberté de la vente de pareils produits ?

Digitized by Google

PLUS-VALUE.

La transformation d'une impasse en une rue large et commodément accessible constitue-t-elle une plus-value de nature à être compensée avec l'indemnité de dommage?

Le sieur Radiguet est propriétaire à Paris d'une maison située impasse Valenciennes. Or, en 1874, la ville de Paris a entrepris la transformation en rue de l'impasse Valenciennes. Les travaux exécutés en vue de cette transformation ont eu pour effet de placer l'immeuble Radiguet en contre-haut de la nouvelle voie publique d'une hauteur moyenne de 65 centimètres. Le sieur Radiguet ayant, de ce fait, subi un préjudice grave, a demandé à la ville de Paris, devant le conseil de préfecture de la Seine, une indemnité pour : 1° les travaux à opérer dans le but d'abaisser le sol de sa propriété et le mettre au niveau de la rue ; 2° pour privation de jouissance déjà éprouvée jusqu'à la fin des réparations nécessaires pour la mise en l'état de l'immeuble ; 3° pour préjudice subsistant encore après les travaux de reprise en sous-œuvre. A la demande en indemnité la ville de Paris a opposé l'existence d'une plus-value résultant pour l'immeuble Radiguet de la transformation d'une impasse en une rue spacieuse et fréquentée. Le conseil de préfecture a rejeté la compensation de plus-value opposée par la ville de Paris. D'autre part, il n'a accueilli qu'en partie les réclamations du sieur Radiguet. Celui-ci s'est pourvu devant le Conseil d'Etat ; de son côté, la ville de Paris a formé un recours incident, et, sur la question de compensation de plus-value, la seule dont nous ayons à nous occuper, le Conseil d'Etat a ainsi statué dans un arrêt du 16 avril 1886 : « Considérant que la transformation de l'impasse Valenciennes en une rue large et commodément accessible procure à l'immeuble Radiguet une plus-value directe et immédiate et qu'il y a des éléments suffisants pour en évaluer le montant ; qu'il sera fait une exacte appréciation de l'indemnité à lui payer en fin de compte par la ville de Paris en la fixant à la somme de 13,350 fr., toute compensation préalablement faite du montant des dommages de toute nature qu'il a éprouvés avec celui de la plus-value dont il vient d'être parlé.... »

Ce droit pour les tribunaux administratifs de compenser la

Digitized by Google

plus-value avec les dommages causés par l'exécution des travaux publics est incontestable. Il est admis par de nombreuses décisions du Conseil d'Etat et par la majorité des auteurs. Mais quel en est le fondement?

Quelques arrêts le font découler de l'art. 54 de la loi du 16 septembre 1807 aux termes duquel « lorsqu'il y aura lieu en même temps à payer une indemnité à un propriétaire pour terrains occupés, et à recevoir de lui une plus-value pour des avantages acquis à ses propriétés restantes, il y aura compensation jusqu'à concurrence; et le surplus seulement, selon les résultats, sera payé au propriétaire ou acquitté par lui. » Cet article, pour être sainement interprété, doit être rapproché de l'art. 30 de la même loi auquel il se rattache de la façon la plus intime. Or, d'après l'art. 30 « lorsque, par suite des travaux déjà énoncés dans la présente loi, lorsque par l'ouverture de nouvelles rues, par la formation de places nouvelles, par la construction de quais, ou par tous autres travaux publics généraux, départementaux ou communaux, ordonnés ou approuvés par le gouvernement, des propriétés privées auront acquis une notable augmentation de valeur, ces propriétés pourront être chargées de payer une indemnité qui pourra s'élever jusqu'à la valeur de la moitié des avantages qu'elles auront acquis : le tout sera réglé par estimation dans les formes déjà établies par la présente loi, jugé et homologué par la commission qui aura été nommée à cet effet. » De la combinaison de ces deux textes il nous paraît résulter que l'art. 54 prévoit uniquement le cas où l'administration, après l'accomplissement des formalités visées par l'art. 30, agit par voie d'action directe contre les propriétaires qui bénéficient du travail public et leur réclame une indemnité pouvant s'élever jusqu'à la moitié de la plus-value. Sur cette réclamation le propriétaire actionné oppose le dommage qu'il a subi; la loi déclare que ce dommage devra être déduit du montant de l'indemnité due par le propriétaire à l'administration. L'art. 54 ne dit pas autre chose. Il est donc étranger à l'hypothèse que nous examinons, c'est-à-dire à celle où le propriétaire actionne l'administration à raison des dommages à lui causés par l'exécution d'un travail public.

Digitized by Google

La plupart des auteurs ont cru trouver la base de la compensation de plus-value dans la loi du 3 mai 1841 dont l'art. 51 est ainsi conçu : « Si l'exécution des travaux doit procurer une augmentation de valeur immédiate et spéciale au restant de la propriété, cette augmentation sera prise en considération dans l'évaluation du montant de l'indemnité. » Sans doute, ce texte est formel en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, mais doit-il être étendu au cas de simples dommages ou d'occupation temporaire? On l'a prétendu. « Il y a ici plus qu'une analogie, dit M. Lebon dans une note sous l'arrêt du Conseil d'État du 30 juillet 1857, il y a un argument *a fortiori* tellement net, tellement péremptoire, que nous n'hésitons pas à considérer l'article dont il s'agit comme susceptible d'application aux indemnités pour dommages ou occupation temporaire. L'État exproprie, c'est-à-dire s'empare pour toujours d'une portion d'une propriété; la loi déclare que la plus-value résultant des travaux pour le reste de la propriété sera prise en considération dans le règlement de l'indemnité. Comment cette plus-value ne serait-elle pas prise en considération dans le cas d'indemnité pour occupation partielle et temporaire, c'est-à-dire dans le cas d'une lésion moindre? Cela serait dénué de toute raison. » Nous ne saurions accepter ce raisonnement. Il nous paraît téméraire et même dangereux d'appliquer, en se fondant sur l'analogie, une disposition de loi à une matière en vue de laquelle cette disposition n'a pas été édictée.

Quel est donc le texte qui autorise le juge à compenser la plus-value avec les dommages? On le chercherait inutilement. En l'absence d'un texte précis, faut-il refuser aux tribunaux le droit d'opérer cette compensation? Nous ne le pensons pas. Pour apprécier le dommage, le juge doit, en effet, comparer l'état ancien à l'état nouveau; or, si, dans l'état nouveau, il constate une plus-value, il doit, par la force même des choses, en tenir compte, car cette plus-value a pour effet d'atténuer le dommage; elle est, pour nous servir d'une expression inusitée, mais caractéristique, un *moins-dommage* plutôt qu'une plus-value proprement dite.

La légitimité de la compensation du dommage avec la plus-

Digitized by Google

value résulte donc des principes généraux du droit et de l'équité.

Recherchons maintenant les conditions que doit remplir la plus-value pour être compensable. La question est des plus délicates. La jurisprudence du Conseil d'État est, sur ce point, variable et mal définie.

De nombreux arrêts exigent, comme première condition, une plus-value *directe* [Voir notamment arr. Cons. d'État, 20 juin 1865 (ville de Toulouse); — 21 février 1867 (de Bercy); — 30 avril 1868 (Monvizy); — 30 juillet 1880 (Greyveldinger); — 16 avril 1886 (Radiguet)]. Dans d'autres décisions, le Conseil d'État a pris en considération des plus-values *indirectes* [Voir notamment arr. 5 août 1868 (Ville de Paris); — 26 décembre 1868 (Rossigneux); — 13 avril 1870 (Désaligny); — 11 mars 1870 (Taxil); — 8 décembre 1876 (Ville de Marseille)].

D'après certains arrêts, la plus-value doit, en outre, être *spéciale* [Voir notamment arr. 3 août 1866 (May c. Ville de Paris); — 20 mars 1874 (Labassé); — 14 novembre 1879 (Cie P. L. M. c. Labbé); — 30 juillet 1880 (Greyveldinger); — 15 février 1884 (Ville de Paris); — 22 mai 1885 (Ville de Paris)]. Quelques décisions font entrer en conpensation une plus-value *générale* [Voir arr. 25 janvier 1874 (Bernard de St Paul); — 7 août 1874 (Ville de Paris c. Firino); — 4 août 1876 (Martigny); — 9 août 1880 (Degray)].

Dans de nombreuses décisions, le Conseil d'Etat exige que la plus-value soit *actuellement appréciable* [Voir arr. 27 janvier 1853 (Berniard); — 18 août 1857 (Avisard); — 3 juin 1858 (Levraud); — 18 novembre 1858 (Moreau); — 7 mars 1861 (De la Grange); — 20 juin 1865 (Ville de Toulouse); — 21 février 1867 (de Bercy); — 30 avril 1868 (Monvizy); — 13 janvier 1882 (Villiermot)].

Enfin, nous avons relevé deux arrêts qui exigent une plus-value *immédiate* [arr. 4 août 1876 (Martigny) : — 16 avril 1886 (Radiguet)].

En présence de ces décisions contradictoires, il importe de déterminer le sens précis que le Conseil d'Etat attache aux expressions *directe, spéciale, actuellement appréciable, immédiate.*

Digitized by Google

Par plus-value *directe*, les arrêts précités visent les avantages qui sont la conséquence la plus voisine, la suite la plus rapprochée de l'exécution du travail public. Le mot direct a, en matière de plus-value, la même acception qu'en matière de dommages (art. 1151, Cod. civ.).

La plus-value *spéciale* est, d'après le Conseil d'Etat, la plus-value inhérente à l'immeuble qui subit le dommage, celle dont le propriétaire de cet immeuble profite seul. La plus-value générale est, au contraire celle dont bénéficient les immeubles d'un quartier, d'une région, ce qui a lieu, par exemple, dans le cas de substitution d'un large boulévard à une rue étroite.

En exigeant que la plus-value soit *actuellement appréciable*, le Conseil d'Etat entend rejeter les plus-values incertaines, éventuelles, hypothétiques.

Reste à définir la plus-value *immédiate*. Nous avons vainement cherché la signification de cette expression soit dans les arrêts du Conseil, soit dans les éminents auteurs qui l'emploient (Voir Aucoc, *Conférences*, 2e éd. t. II, n° 737. — Ducrocq, *Dr. adm.*, 5e éd., t. I, n° 329). Attribue-t-on à ce qualificatif le sens qu'il paraît avoir dans l'art. 51 de la loi du 3 mai 1841 et, par plus-value immédiate, fait-on allusion à l'augmentation de valeur procurée directement par le travail public ? Dans cette supposition, le mot immédiat est synonyme du mot direct. Vise-t-on, au contraire, la plus-value procurée à l'immeuble au moment même de l'exécution du travail public par opposition à celle que pourra acquérir cet immeuble dans un laps de temps plus ou moins éloigné ? Entendre ainsi la plus-value immédiate, c'est exclure la plus-value éventuelle, hypothétique ; c'est dire, en d'autres termes, que la plus-value doit être actuellement appréciable. Le mot immédiat fait donc double emploi soit avec le mot direct, soit avec l'expression actuellement appréciable. En conséquence, nous rejetterons cette quatrième condition qui rentre nécessairement dans l'une des précédentes.

Ces définitions établies, déterminons les caractères que doit remplir la plus-valne pour être compensable.

La solution de cette question nous paraît découler de la nature même de la plus-value. Qu'est-ce qu'une plus-value ? Un

Digitized by Google

moins-dommage, avons-nous dit plus haut. Donc la plus-value, pour être compensable, doit présenter les mêmes caractères que le dommage. Or, la jurisprudence et la doctrine admettent généralement que donne seul droit à indemnité le dommage actuellement appréciable, direct et matériel. La plus-value n'entrera en compensation que si elle remplit ces conditions. Mais, si ces trois conditions sont nécessaires, elles sont aussi suffisantes. Par conséquent, nous n'exigerons pas, comme l'a souvent fait le Conseil d'Etat, que la plus-value soit spéciale, c'est-à-dire qu'elle profite uniquement au propriétaire en instance contre l'administration. La loi du 3 mai 1841 requiert, il est vrai, une plus-value spéciale, mais nous ne sommes pas lié par cette loi qui est, ainsi que nous l'avons déjà démontré, étrangère à la théorie de la plus-value en matière de simples dommages ou d'occupation temporaire. Vainement objecterait-on qu'il est inique de faire payer, sous forme de plus-value, au propriétaire qui subit un dommage, un avantage dont le voisin qui n'éprouve aucun préjudice bénéficiera sans bourse délier. Nous répondrons qu'il n'y a pas lieu d'établir une comparaison entre les situations respectives de deux ou de plusieurs propriétaires; il s'agit uniquement de rechercher si celui auquel on oppose la plus-value a le droit de se plaindre. Or, de quoi se plaindrait-il ? De ce que le travail public enrichit son voisin ? Peu lui importe du moment qu'il ne subit lui-même aucun appauvrissement. Si l'objection était probante, il faudrait admettre que de deux propriétaires qui, sans éprouver aucun préjudice, profitent d'un travail public à des degrés différents, le moins avantagé serait fondé à former une réclamation. Qui oserait aller jusque-là ? D'ailleurs cette réclamation, à qui l'adresserait-il ? A l'administration ou au propriétaire plus favorisé que lui ? Nous ajoutons que cette objection ne se présentera que bien rarement, car dans presque toutes les hypothèses, la plus-value générale est en même temps indirecte, et, à ce dernier titre, ne doit pas entrer en ligne de compte.

Faisons l'application de ces principes à l'espèce sur laquelle est intervenu l'arrêt du 16 avril 1886 et recherchons si la plus-value opposée au sieur Radiguet était : 1° actuellement appréciable, 2° matérielle et 3° directe.

Digitized by Google

1° Sur le premier point, pas de doute; la transformation en rue de l'impasse Valenciennes a procuré à l'immeuble Radiguet une plus-value certaine et actuelle. Le sieur Radiguet l'a lui-même reconnu, puisque, dans les anciens baux des magasins, il avait prévu une augmentation annuelle de 800 fr. applicable à l'époque où les travaux de voirie seraient exécutés.

2° La plus-value est également matérielle, car, par l'effet des travaux, la valeur locative et, par suite, la valeur vénale de l'immeuble est augmentée.

3° La plus-value est-elle directe? Si l'on s'en tient à la définition vague que nous avons donnée de la plus-value directe, l'avantage procuré à l'immeuble Radiguet sera qualifié par les uns de direct, par les autres d'indirect. Il faut donc à cette définition qui, dans la pratique, soulève les plus graves difficultés substituer une formule plus précise. Voici celle que nous proposons. La plus-value, pour être directe, doit constituer un de ces avantages dont le propriétaire ne pourra, plus tard, être privé sans indemnité. Or, supposons que la rue Valenciennes soit de nouveau transformée en impasse, le sieur Radiguet serait-il admis à réclamer, de ce fait, une indemnité? Evidemment non. On lui opposerait très justement les nombreuses décisions qui qualifient un pareil dommage de simple dommage indirect à la réparation duquel l'administration n'est pas tenue. Dès lors, il est inadmissible qu'on fasse entrer en compensation, sous forme de plus-value, un avantage dont la suppression ultérieure ne donnerait droit à aucune indemnité.

Pour ce motif, nous ne pouvons adhérer à la solution de l'arrêt du 16 avril 1886.

POLICE MUNICIPALE.

Le maire peut-il, sans excès de pouvoirs, ordonner la suppression d'un puisard situé dans une propriété privée?

Le sieur Beaujour, propriétaire à Caen, a établi dans la cour de sa maison un puisard non étanche destiné à l'écoulement souterrain des eaux pluviales et ménagères. Une épidémie de fièvre typhoïde ayant éclaté dans le quartier, les médecins appelés à en déterminer la cause l'ont attribuée à ce fait que les

Digitized by Google

infiltrations dans le sol des eaux insalubres avaient contaminé les eaux de source servant à l'alimentation des habitants. En conséquence, le maire de Caen a pris, le 27 septembre 1884, un arrêté enjoignant au sieur Beaujour de supprimer, dans le délai d'un mois, le puits absorbant existant sur sa propriété. N'ayant tenu aucun compte de cet arrêté, le sieur Beaujour a été poursuivi devant le tribunal de simple police de Caen et relaxé par jugement du 26 décembre 1884. Sur le pourvoi du ministère public, la Cour de cassation a rendu, à la date du 26 juillet 1885, un arrêt dont la teneur suit : « La Cour : — sur le moyen unique tiré de la violation de l'art. 471 n° 15 du Code pénal et de l'art. 97 de la loi du 5 avril 1884 : — Vu lesdits articles ; — Vu l'arrêté du maire de Caen du 27 septembre 1884 qui enjoint au sieur Beaujour de supprimer, dans le délai d'un mois, le puits absorbant existant sur sa propriété : — Attendu que cette disposition de l'arrêté qui prescrit la suppression du puits absorbant comme moyen exclusivement obligatoire d'en faire disparaître les émanations, lorsqu'il pouvait en exister d'autres tout aussi efficaces et moins onéreux pour le propriétaire, constitue une atteinte au droit de propriété et un excès de pouvoirs ; que la loi de 1884, ci-dessus visée, a chargé les maires de prévenir, par des précautions convenables, les accidents et les fléaux, les maladies épidémiques ou contagieuses, mais ne les a pas autorisés à déterminer eux-mêmes la nature et l'importance des travaux qui doivent être effectués ; qu'il suit de là qu'en relaxant l'inculpé de la poursuite dirigée contre lui, par le motif que l'arrêté était illégal, le jugement attaqué, loin d'avoir violé la loi, en a fait une saine et juste interprétation ; Rejette. » (Dall. 1886. 1. 275).

Le Conseil d'Etat, que le sieur Beaujour avait saisi de la question, s'est au contraire prononcé dans le sens de la légalité de l'arrêté municipal. « Considérant, porte l'arrêt du 7 mai 1886, que le sieur Beaujour avait établi dans sa propriété un puisard non étanche pour écouler souterrainement les eaux pluviales et ménagères qu'il recevait, que le maire de Caen n'a pas interdit au sieur Beaujour d'avoir un récipient pour lesdites eaux ou d'en assurer l'écoulement par tels autres moyens qu'il jugerait con-

Digitized by Google

venables; qu'en présence des cas de fièvre typhoïde qui s'étaient déclarés dans le voisinage et sur l'avis de la commission d'hygiène du conseil municipal, qui signalait le puisard dont s'agit comme cause d'insalubrité, il s'est borné, par application des art. 94 et 97 n° 1 de la loi du 5 avril 1884, à ordonner la suppression du foyer d'infection, tel qu'il se comportait, sans déterminer d'ailleurs ni la nature ni l'importance des travaux à exécuter; qu'en agissant ainsi le maire de Caen n'a pas excédé la limite de ses pouvoirs... »

De cette divergence de décisions faut-il conclure à un désaccord entre la jurisprudence administrative et la jurisprudence judiciaire? Nous ne le pensons pas. Les principes admis sur ce point par la Cour de cassation et le Conseil d'Etat sont absolument identiques et peuvent se résumer ainsi : le maire a le droit incontestable de prescrire les mesures de police et les précautions que peuvent exiger les intérêts confiés à sa vigilance, notamment les intérêts de la salubrité publique. Il peut, quand les causes d'insalubrité se trouvent dans une propriété privée, inviter le propriétaire, soit par arrêté général, soit par arrêté individuel, à les faire cesser. Mais l'exercice de ce droit doit se concilier avec le respect dû à la propriété. Le maire excéderait ses pouvoirs s'il déterminait la nature et l'importance des travaux à effectuer, s'il prescrivait un moyen exclusivement obligatoire de faire disparaître la cause d'insalubrité lorsqu'il peut exiger d'autres moyens aussi efficaces et moins onéreux pour le propriétaire. Cette doctrine est très nettement consacrée par plusieurs arrêts de la Cour de cassation (Cass. 11 décembre 1876, Dall. 1877. 1. 9; — Cass. 27 juin 1879, Dall. 1880. 1. 47; — Cass. 16 décembre 1881, Dall. 1882. 1. 185; — Cass. 7 janvier 1882, Dall. 1882. 1. 92) et du Conseil d'Etat (arr. 5 mai 1865; — arr. 12 mai 1882). Sans doute, ces décisions ont été rendues sous l'empire de la loi du 18 juillet 1837, mais elles n'ont rien perdu de leur autorité, car la loi municipale du 5 avril 1884 n'a pas augmenté les pouvoirs de l'administration municipale dans ses rapports avec le droit de propriété des particuliers.

Comment donc le Conseil d'Etat et la Cour de cassation partant des mêmes principes ont-ils abouti, dans les deux arrêts ci-dessus

Digitized by Google

transcrits, à des solutions opposées ? Par suite d'une appréciation différente de la question de fait. Le Conseil d'Etat a pensé que la suppression du puisard étant le seul moyen pratique de faire cesser l'état d'insalubrité provenant de l'infiltration, le maire de Caen avait pu ordonner cette suppression sans porter atteinte au droit de propriété du sieur Beaujour. La Cour de cassation a estimé, au contraire, qu'il pouvait exister d'autres moyens de faire disparaître la cause d'insalubrité. Nous nous rangeons à l'opinion de la Cour suprême. Comme le disait fort justement le commissaire du gouvernement au Conseil d'Etat qui concluait à l'annulation de l'arrêté, « il aurait été possible, par certains travaux en profondeur, de conduire les eaux du puisard au dessous de la nappe souterraine servant à l'alimentation du quartier. » Ce procédé eût probablement été plus onéreux pour le propriétaire que la suppression du foyer d'infection, mais peu importe ; il suffisait qu'il fût praticable pour que le maire n'eût pas le droit de prescrire, comme moyen exclusivement obligatoire, la suppression du puisard.

E. WALLON.

LA GUERRE MODERNE ET SON INFLUENCE PROBABLE SUR QUELQUES PRINCIPES DU DROIT DES GENS.

Par M. Jules Cabouat, agrégé à la Faculté de droit de Caen.

La guerre a ses partisans et ses adversaires; les philanthropes condamnent ses violences, quelques théoriciens exaltent sa grandeur et même son rôle providentiel. Notre dessein n'est pas de sonder la valeur de ces systèmes philosophiques, mais d'étudier ce sujet d'une manière positive. Comme tous les faits d'ordre sociologique, la guerre répond à certaines nécessités, elle obéit à certaines lois variables dont il peut être utile de dégager les formules successives et de prévoir les transformations futures; considérons-la donc comme une réalité douloureuse avec laquelle il faut compter, comme une application à l'espèce humaine de cette loi de concurrence vitale qui régit tous les êtres et donne la supériorité aux forts, non pas toujours sur les meilleurs, mais sur les plus faibles.

Cette proposition a de toute antiquité le don de contrister les âmes sensibles; quelques-unes réfractaires à cette idée que la

Digitized by Google

guerre pût être une loi de notre destinée se sont appliquées à transformer la seule paix que nous ayons connue jusqu'ici, simple moment de répit, halte momentanée entre deux luttes meurtrières, en un état permanent et stable solidement défendu contre les passions et les convoitises des politiques.

Les théories nombreuses auxquelles ces efforts spéculatifs ont abouti peuvent se ramener à un type unique chacune d'elles tend à confier le soin de dénouer les conflits internationaux à un tribunal suprême dont la juridiction rayonnerait sur l'ensemble des États civilisés, dont l'institution même les réunirait en une vaste confédération déléguant à quelques plénipotentiaires l'examen des litiges qui peuvent les diviser et se soumettant d'avance à leurs décisions. Pour bien des raisons, ces projets généreux ont été invariablement couronnés du plus complet insuccès. Depuis longtemps, les amis de la paix éclairés par leurs déconvenues ont renoncé à l'application de ces plans chimériques; plus modérés dans leurs désirs, ils se contentent d'émettre le vœu qu'aucune guerre ne puisse être engagée tant qu'une médiation de puissances désintéressées ou l'intervention de juges conventionnellement acceptés n'a pas épuisé toutes les chances d'une solution pacifique. Cette idée commence à porter quelques fruits; les gouvernements ainsi que les parlements se montrent disposés à accueillir le principe de l'arbitrage, et quelques applications ont déjà démontré qu'il peut, au moins à l'égard de différends d'importance secondaire, n'engageant ni l'honneur ni l'avenir des nations, être un utile agent de pacification.

Mais deux choses manquent encore et dont la réalisation n'est pas prochaine, nécessaires cependant à son fonctionnement régulier. D'abord, un corps de lois internationales assez précises pour guider sûrement les arbitres dans leur examen et donner à leurs sentences une réelle valeur doctrinale; enfin, et surtout une autorité morale assez puissante pour en assurer l'exécution volontaire. Ce dernier point est essentiel; car, à supposer l'existence des lois internationales aussi arrêtées dans leurs principes que les lois privées, que vaudront les décisions auxquelles elles serviront d'appui, tant que les États ne s'inclineront pas d'eux-mêmes devant leur autorité? De deux choses l'une, ou un pou-

Digitized by Google

voir coërcitif contraindra l'État récalcitrant à exécuter la condamnation qu'il a encourue, et la guerre apparaîtra, il est vrai, avec un caractère nouveau, mettant la force au service du droit, mais enfin elle apparaîtra et le but sera manqué; ou toute sanction pratique fera défaut, et abandonnée à elle-même, la sentence ne sera qu'une vaine déclaration sans aucune utilité effective; or, peut-être par ce temps de politique réaliste, tel pourrait bien être longtemps encore le sort précaire de l'arbitrage.

Jusqu'ici la guerre résiste aussi bien aux savantes combinaisons qu'aux protestations éloquentes; le plus sage est donc d'attendre, pour la voir disparaître, l'éclosion de nouvelles formes sociales, un arrangement nouveau des choses humaines dont les contours sont encore indécis. Cependant, envisagée dans ses procédés et dans les actes dont elle est l'occasion, la guerre doit se plier à quelques règles d'humanité lentement élaborées par les âges précédents. Une coutume s'est peu à peu établie qui a discipliné l'usage de la force; dans le travail auquel est dû sa formation, on peut discerner l'apport des publicistes et des hommes d'État, les premiers notant les précédents, les comparant et déclarant le droit, les seconds mettant à profit les idées théoriques et leur donnant l'autorité qui s'attache soit aux conventions diplomatiques, soit aux actes législatifs. Volontiers, les sceptiques nient la valeur de ces principes, affectant de les considérer comme autant de fantaisies métaphysiques toujours à la merci des passions belliqueuses, insistant sur l'absence d'une sanction humaine capable d'en assurer l'observation rigoureuse. Il est aisé de dissiper ces allégations pessimistes par un simple examen des faits, par une comparaison rapide de notre époque à celles qui l'ont précédée; on voit alors que, si les abus de la force sont toujours possibles, il en est au moins quelques-uns dont nous pouvons nous considérer comme à jamais délivrés [1].

[1] L'ensemble des usages et coutumes de la guerre, tant au point de vue théorique qu'au point de vue pratique, est présenté par quelques essais de codification auxquels nous ferons de fréquents emprunts.

1° *Instructions de* 1863 *pour les armées en campagne des Etats-Unis d'Amérique* rédigées par le Dr Lieber à la demande du président Lincoln en vue de la guerre de sécession américaine.

2° *Projet de déclaration internationale,* concernant les lois et coutumes

Digitized by Google

Résumons d'abord l'état actuel du droit des gens sur cette matière; après quoi, nous rechercherons si les tendances de notre siècle et certains faits contemporains ne préparent pas une éclipse totale ou partielle de quelques principes qu'on pouvait croire définitivement acquis à la civilisation.

I.

Dans l'antiquité, l'enjeu de la lutte, c'est l'existence de la nation prise dans son ensemble; les conséquences ordinaires de la victoire : le massacre de la peuplade vaincue, le pillage des maigres richesses qu'elle a pu accumuler. Plus tard, sous l'influence de considérations utilitaires, le vaincu conserve au moins la vie, mais au prix d'un esclavage qui fait de lui la chose du vainqueur au même titre qu'une bête de somme ou qu'un instrument de travail; — quant aux richesses politiques ou privées, elles suivent toujours le même sort et deviennent la propriété du vainqueur [1].

Le seul progrès qu'on puisse signaler apparaît chez les Romains; à une certaine époque de la croissance de leur empire, les nécessités de leur politique les amènent à ménager les populations vaincues parmi lesquelles ils peuvent trouver les forces auxiliaires nécessaires au succès de leur œuvre de conquête universelle; désormais, ils leur laissent une autonomie limitée, respectent les coutumes et institutions nationales, la possession et la jouissance des biens mobiliers et immobiliers; mais

de la guerre, dû aux délibérations de la conférence de Bruxelles (juillet-août 1874).

3° *Les lois de la guerre sur terre;* Manuel publié par l'Institut de Droit international, Oxford 1880, duquel on peut rapprocher une publication française : *Manuel de droit international* à l'usage des officiers de l'armée de terre.

4° Bluntschli, *Droit international codifié,* traduit en français par M. Lardy. Ce dernier ouvrage contient le texte des trois premiers documents qui viennent d'être cités; cette publication nous dispensera d'en transcrire les dispositions que nous aurons à citer.

[1] Tels étaient les caractères et les effets de la « *deditio* ». Mispoulet, *Institutions politiques des Romains,* t. II, p. 29 et suiv. Dans le double intérêt du fisc et de la discipline militaire, les Romains avaient pris soin de réglementer le mode d'acquisition et de répartition du butin. Accarias, inspecteur général des Facultés de Droit, *Précis de Droit romain,* t. I, nos 37 et 221, 4e édit.

Digitized by Google

en revanche, ils savent les enchaîner par un système d'alliances si savant, un réseau de liens si étroit qu'en dépit de ces atténuations, la défaite a toujours pour corollaire la perte de l'indépendance politique [1].

Dans les temps modernes, des idées nouvelles se font jour; sur les ruines des empires éphémères fondés par les Barbares, s'élèvent de puissants États dont aucun n'a la force d'anéantir ses rivaux. La guerre devient une épreuve passagère d'où un État peut sortir agrandi ou diminué, mais toujours identique à lui-même; dès lors, on sent la nécessité d'éviter, au cours de la lutte, les violences excessives dont le souvenir entretiendrait de trop vifs ressentiments, obstacles au retour d'une paix durable. Puis les États vivent côte à côte; en plus d'un point, leurs droits se rencontrent; on s'aperçoit à la longue qu'il y a plus d'avantage à les concilier qu'à les détruire l'un par l'autre, et cette idée contribue à introduire graduellement la régularité et l'équité dans les rapports internationaux. Il est vrai que ces liens multiples n'ont pas été assez puissants pour amener l'organisation d'une justice régulière entre les nations : du moins, ont-ils été assez forts pour les convaincre mutuellement de leur droit à la vie et à l'indépendance.

La guerre s'est ressentie de cet état de choses sous deux rapports fort différents [2].

Puisque les États sont indépendants les uns des autres : eux seuls doivent porter la responsabilité de leurs actes et subir seuls

[1] Les *civitates fœderatæ* unies à Rome par un *fœdus iniquum* étaient placées dans un véritable état de sujétion, leur enlevant notamment le droit de diriger leur politique extérieure et leur imposant l'obligation de fournir un contingent militaire et certaines prestations. Mispoulet, *op. cit.*, t. II, p. d. 19, 47 et 79, et Bouché-Leclercq, *Manuel des institutions romaines*, p. 197 et 346. Sur la condition juridique des fonds provinciaux. Accarias, *op. cit.* t. I, nos 207-208.

[2] Il suffit à notre démonstration d'opposer les caractères primitifs de la guerre à ceux qu'elle présente aujourd'hui; nous ne suivrons donc pas toutes les phases de leur évolution historique chez les Barbares et au moyen-âge. Conf. *Du droit de butin en général, et spécialement du droit de prise maritime* d'après une publication de Bluntschli. *Revue de Droit international*, 1877, p. 508 et suiv. Ce travail contient une savante et complète esquisse de la guerre en tant qu'elle porte atteinte à la propriété privée, maritime ou terrestre.

Digitized by Google

les effets d'une lutte qu'ils ont engagée; de là, quelques mesures destinées à éviter que les neutres souffrent des suites d'un conflit auquel ils entendent rester étrangers. L'idéal serait d'obtenir ce résultat que la guerre la plus violente pût déchirer plusieurs États sans que les neutres en fussent sensiblement gênés dans leur trafic maritime ou terrestre, sous la seule condition d'assister impartialement aux opérations militaires et de ne les faciliter ni directement ni indirectement aux dépens de l'un des belligérants; mais trop d'incertitude règne encore sur cette branche du droit international pour qu'on puisse se flatter d'avoir atteint le but [1].

Pour les États belligérants, la guerre n'est plus un retour pur et simple à l'état de nature; elle n'est qu'une querelle entre deux souverainetés dont la personnalité juridique n'est pas anéantie par le seul fait des hostilités; loin de détruire la totalité de leurs rapports juridiques, elle n'en paralyse que quelques-uns seulement. Cette survivance d'un état de droit à la rupture des relations pacifiques a eu pour premier résultat de modifier les conditions de la conquête. Le vainqueur peut envahir le territoire entier de son adversaire, cette prise de possession violente ne lui fait pas acquérir par elle-même la souveraineté des territoires en-

[1] Le règlement transactionnel des droits respectifs des neutres et des belligérants présente de sérieuses difficultés théoriques et pratiques. Malgré la déclaration du 16 avril 1856, qui a notablement accru les garanties attachées à la neutralité, des doutes subsistent encore sur un grand nombre de points. Il est difficile, bien que les neutres y soient directement intéressés, de donner une énumération précise des objets qui peuvent être traités comme contrebande de guerre; de grandes hésitations se sont produites lorsqu'il s'est agi de savoir, lors de notre dernier conflit avec la Chine, si le riz pouvait être rangé au nombre des objets de cette nature. Conf. dépêche de M. Jules Ferry, du 21 février 1885 et la note juridique y annexée, Archives diplomatiques, année 1885, III, p. 161, et les observations assez malveillantes à notre égard de Geffcken, *La France en Chine et le Droit international*, *Rev. de Dr. intern.*, 1885, p. 149. Bien plus, la sécurité même du commerce neutre est mise en péril par la jurisprudence américaine (affaire du Springbok). Enfin, quelle est la formule exacte des obligations découlant de la neutralité et la mesure de la responsabilité résultant de leur violation; autant de points que le traité de Washington du 8 mai 1871 ne paraît pas avoir réglés d'une façon définitive. Je me borne à ces indications, la neutralité devant rester en dehors de la série d'idées dont j'ai l'intention de m'occuper.

Digitized by Google

vahis. Jusqu'à ce qu'une cession régulière ou une occupation prolongée l'ait investi des droits du vaincu, il ne tient de la force des armes qu'une autorité toute passagère et transitoire qui lui permet bien de prendre toutes les mesures de nature à assurer le succès de ses armes, non d'exercer toutes les prérogatives de la souveraineté et de disposer en maître des biens compris dans le domaine public ou privé de l'État dépossédé.

La conférence de Bruxelles s'est inspirée de cette idée pour la rédaction des dispositions concernant l'étendue de pouvoirs résultant de l'occupation militaire. Le système très raisonnable auquel elle s'est arrêtée, et qui d'ailleurs semble destiné à être généralement admis (art. 1 à 8), peut se résumer dans les trois propositions suivantes :

1° L'occupant doit, en principe, respecter l'organisation intérieure du pays envahi et autant que possible en assurer le fonctionnement [1].

2° L'occupant ne peut saisir que le matériel de guerre et les objets de nature à recevoir une destination militaire ou à faciliter les opérations de guerre [2]. Il peut aussi lever les impôts (convention du 12 mars 1871 entre l'Allemagne et la France, art. 1er 2°), et percevoir les valeurs exigibles appartenant à l'État occupé, à la charge cependant de pourvoir aux besoins de l'administration (art. 5 ; Lois de la guerre, art. 50 et 57 ; Bluntschli, *Droit intern. codif*, §§ 644, 645, 647).

[1] Il ne peut cependant contraindre les fonctionnaires et employés de l'Etat envahi à continuer l'exercice de leurs fonctions (art. 3 et 4) et Lois de la guerre, art. 44 et 45. Il est à remarquer que le fait seul de l'occupation n'impose pas aux fonctionnaires de l'ordre judiciaire l'obligation de suspendre leurs travaux, rien ne pouvant faire désirer que les calamités résultant d'un arrêt du cours de la justice viennent s'ajouter à celles d'une invasion. Leur abstention ne devient un devoir qu'autant que l'ennemi émet la prétention de leur imposer des conditions attentatoires à leur indépendance et à leur dignité. En tout cas, les jugements rendus pendant une invasion ne peuvent être ultérieurement maintenus qu'autant qu'ils ont été rendus au nom de l'Etat occupé dont la souveraineté est restée théoriquement permanente. Loi du 28 frimaire an VIII, et en sens divers, Nancy, 8 septembre 1870. Tribunal civil de Laon, 15 octobre 1870, Sirey, 1872, II, p. 33.

[2] Sur le régime des chemins de fer en temps de guerre, Projet de Bruxelles, art. 6 2°, Lois de la guerre, art. 51. — Laurent de Stein, *Le Droit international des chemins de fer en temps de guerre, Rev. de Dr. intern.*, 1885, p. 322.

Digitized by Google

3° Quant aux biens immobiliers dépendant du domaine public ou privé de l'État envahi, l'occupant en perçoit les fruits et revenus à la charge de les administrer suivant les règles de l'usufruit : mais comme il n'en peut être considéré comme propriétaire tant qu'un traité ou une occupation prolongée ne lui a pas transféré la souveraineté du territoire sur lequel ils sont situés, tout abus de jouissance ou acte de disposition lui est rigoureusement interdit (art. 7) [1].

Puis, comme il y a lutte entre deux souverainetés pour trancher une difficulté politique, les opérations auxquelles la guerre donne lieu doivent être exclusivement dirigées contre les États, seuls belligérants. La guerre est une cause perturbatrice des rapports de droit public, un duel d'État à État qui peut bien affecter leur substance et leur richesse, non atteindre la société civile et les particuliers protégés dans leurs personnes et leurs droits privés par une sorte de neutralité. Seul, l'État est engagé dans la guerre en ce sens qu'elle doit uniquement tendre à la dispersion de ses armées, à la destruction de tous ses moyens de défense, et, d'après le programme tracé par le maréchal de Moltke, « attaquer toutes ses ressources, ses finances, ses chemins de fer et même son prestige [2]. »

L'exécution d'un plan aussi vaste dispense, on le comprend, de molester les particuliers et de porter atteinte à leurs patrimoines; énergiquement poursuivie, elle conduira rapidement à une paix avantageuse sans qu'il soit nécessaire ou même simplement utile d'ordonner par surcroît le pillage et le massacre de populations inoffensives. Le pouvoir illimité d'anéantir les organes de l'État et d'ébranler ou de déraciner ses institutions,

[1] Conf. *Lois de la guerre*, art. 6 et 52; Bluntschli, *op. cit.*, § 646. Ajoutez Nancy, 3 août 1872, Sir. 1872. II. 172 et Cass. rejet 16 avril 1873, *ibid.*, 1873. I. 400. Ces deux arrêts annulent l'aliénation de futaies réservées à prendre dans les forêts domaniales de la Meuse et de la Meurthe, émanant des autorités allemandes; ils sont à la fois conformes aux principes formulés au texte et aux déclarations des plénipotentiaires français, consignées dans le protocole de signature de la Convention du 11 décembre 1871. Sir., *Lois annotées*, 1872, p. 165. Conf. Rolin-Jacquemyns, *Chronique du Droit international*, *Rev. de Dr. intern.* 1870, p., 337.

[2] Lettre de M. le comte de Moltke à Bluntschli, 11 décembre 1880. *Rev. de Dr. intern.*, 1881, p. 80.

Digitized by Google

telle est donc au fond la rançon de la sécurité donnée à la société civile, à la condition expresse qu'elle assiste résignée et impassible à l'effondrement du gouvernement qui la représente.

De quelque prix que nous l'ayons payée, cette restriction fictive du combat aux seuls États belligérants n'en constitue pas moins un progrès d'une importance considérable, dont l'influence, si rien ne faisait obstacle à sa libre expansion, amènerait une transformation radicale des lois de la guerre. L'honneur d'avoir proposé et énoncé la première formule de ce principe appartient à Rousseau; Portalis l'a textuellement reproduite dans un discours prononcé à la séance d'installation du conseil des Prises, le 14 floréal an VIII; plus tard les détails en ont été précisés par le docteur Lieber dans ses instructions pour les armées américaines; en ces dernières années, elle a été solennellement affirmée par le roi Guillaume de Prusse dans sa proclamation du 12 août 1870 adressée à la nation française. Enfin, le projet de déclaration de la conférence de Bruxelles contient un certain nombre de dispositions (art. 38, 39, 40) donnant les plus sérieuses garanties à la vie et à la propriété des individus non-combattants [1].

Quant à la portée pratique et actuelle du principe lui-même, elle résultera des deux observations suivantes :

1° L'application du principe, si complète qu'on la puisse imaginer, n'empêchera pas les conséquences dernières de la lutte de

[1] J.-J. Rousseau, *Contrat social*, Livre I, Ch. IV. « La guerre n'est point une relation d'homme à homme, mais une relation d'Etat à Etat, dans laquelle les particuliers ne sont ennemis qu'accidentellement, non point comme hommes, ni comme citoyens, mais comme soldats. » — Portalis, *loc. cit.* : « La guerre est une relation d'Etat à Etat et non d'individu à individu. » Sous le 1er Empire, cette théorie, dont la pratique s'est plus d'une fois écartée, a été maintes fois affirmée par le gouvernement français. Mémoire du 10 novembre 1806 adressé par Talleyrand à Napoléon Ier ; préambule du décret de Berlin du 21 novembre 1806 et lettre du 22 août 1809 de M. de Champagny, ministre des affaires étrangères à M. Armstrong, ministre des Etats-Unis. — Lieber, Instructions, art. 37, 38, 44, 47. Enfin proclamation précitée du 12 août 1870 : « Je fais la guerre aux soldats et non aux citoyens français. Ceux-ci continueront, par conséquent, à jouir d'une entière sécurité pour leurs personnes et leurs biens, aussi longtemps qu'ils ne me priveront pas eux-mêmes, par des entreprises hostiles contre les troupes allemandes, du droit de leur accorder ma protection. »

Digitized by Google

peser sur la société civile. Celle-ci est représentée par son gouvernement et, de ce chef, associée aux risques de la guerre qu'il lui a plu de déclarer; la preuve en est qu'elle doit fournir les subsides nécessaires à la guerre elle-même et à l'acquittement des réparations pécuniaires ou autres imposées par le traité de paix. C'est même cette représentation de la société civile par l'Etat qui a permis de la mettre hors de cause et de la protéger contre les conséquences directes des opérations militaires. Dès que les gouvernements ont été assez solidement établis pour traiter au nom de la nation, armés de pouvoirs assez forts pour la contraindre au besoin à exécuter leurs engagements internationaux, on a pu se contenter de réclamer au pouvoir public la réparation d'un tort dont la nation est responsable; par voie de conséquence, il est devenu possible d'obéir à des règles plus humaines et de concentrer tout l'effort militaire contre l'Etat et ses armées. Telle est si bien la raison du principe qu'il cesse de s'appliquer lorsqu'une société est soumise à une autorité encore trop rudimentaire ou trop discréditée pour se faire obéir. A ce point de vue, on a bien souvent observé que les Etats européens pratiquent un système de guerre beaucoup plus rigoureux à l'égard des peuples non civilisés. Nombre de faits historiques pourraient attester que dans les conflits de ce genre, la guerre revêt son caractère antique de destruction et d'extermination universelles, frappant sans pitié et directement les individus dans leurs personnes et leurs propriétés. Peut-être aurait-on pu amortir la rudesse des critiques soulevées par ces procédés, si l'on avait tenu compte de ce fait qu'en l'absence d'un corps politique investi de pouvoirs assez fortement constitués pour répondre de la nation, c'est à cette dernière elle-même et à chacun de ses membres qu'il faut nécessairement s'adresser pour obtenir à la fois réparation pour le passé et garantie pour l'avenir [1]!

2° Encore, n'est-ce que contre les opérations militaires, en tant qu'elles seraient dirigées contre eux, que les particuliers sont garantis et, pour ne parler que du respect dû à la propriété privée, il est essentiel de mentionner un certain nombre d'exceptions admises par la pratique du droit des gens.

[1] Martens, *la Russie et l'Angleterre dans l'Asie centrale, Rev. de Dr. intern.* 1879, p. 234. et suiv. Hornung, *civilisés et barbares, ibid*, 1885.

Digitized by Google

D'abord il est des destructions matérielles, suites inévitables de la lutte, à l'abri desquelles il ne peut être question de mettre les particuliers. Quoi qu'on fasse, il sera toujours nécessaire de raser une maison ou d'abattre les arbres formant obstacle au tir ou à la marche des troupes. Ces destructions de propriétés privées constituent la somme irréductible des risques de guerre qu'aucun texte ne saurait ni prévenir ni réprimer. Quant à leur réparation, elle reste, si le traité n'y a expressément pourvu, du ressort de la législation interne de chaque Etat. A l'occasion de la guerre de 1870-1871, la jurisprudence française, statuant sur les demandes formées à raison de destructions ordonnées par l'autorité militaire française, a maintenu la distinction traditionnelle entre les faits de guerre proprement dits, événements de force majeure n'engageant à aucun degré l'Etat [1], et les destructions résultant de précautions stratégiques prises en vue d'éventualités encore douteuses au moment où elles étaient ordonnées, ces dernières donnant ouverture à une action en indemnité [2]. On sait que dans le but d'atténuer la rigueur de cette distinction, les lois des 28 juillet 1874 et 10 août 1876, dérogeant à la législation existante, accordèrent, à titre exceptionnel, un dédommagement à tous ceux qui avaient subi un préjudice matériel et direct résultant de mesures prescrites en vue de la défense nationale. Il est bon de remarquer que pour la répartition de ces allocations, aucune distinction n'a été faite entre Français et étrangers. En général, cependant, les Etats se montrent moins généreux et n'accordent réparation aux étrangers que sous la condition de réciprocité d'un même traitement pour leur nationaux dans des circonstances analogues [3].

[1] Cons. d'Etat, 8 août 1873, Sir. II, 1874, p. 192; 13 février et 1er mai 1874, 1874, II, 292.

[2] Cons. d'Etat, 13 mai 1872, 1873, Sir. II, 57. Tribunal des conflits, 15 mars 1873, 1873, II, 187; Cons. d'Etat, 1er mai 1874, 1874, II, 292; Cass., 24 février 1874, 1874, I, 171.

[3] L'Allemagne et les Etats-Unis se sont fondés sur cette raison, la première pour refuser tout dédommagement aux Suisses, victimes du bombardement de Strasbourg, les seconds pour décliner toute responsabilité à l'égard des étrangers lésés par des faits se rattachant à la guerre de la sécession. Une convention conclue le 15 janvier 1880, entre la France et les Etats-Unis d'Amérique, règle définitivement toutes les réclamations pour

Digitized by Google

En outre, l'état de guerre fait peser de lourdes charges sur la propriété privée et lui crée d'onéreuses servitudes apparaissant sous la forme de réquisitions et de contributions. Sans doute, le pillage est interdit, les Codes de justice militaire prononcent des peines sévères contre les maraudeurs et les pillards; la discipline donne de sérieuses garanties contre les écarts individuels; mais la propriété n'est pas, à proprement parler, inviolable; elle est simplement respectable et le respect dont elle est entourée s'efface devant la nécessité militaire. La propriété doit être « respectée » nous dit le projet de déclaration de la conférence de Bruxelles (art. 40) et, il suffit de consulter les procès-verbaux de ses délibérations pour acquérir la conviction que cette expression a été employée, à dessein, afin de réserver les larges brèches faites au principe théorique par le texte lui-même et les procédés courants.

La subsistance et, d'une manière générale, l'entretien des armées autorisent, dans la mesure des ressources du pays et en tant qu'elles n'entraînent pas pour les populations l'obligation de prendre part aux opérations de guerre contre leur patrie, des réquisitions auxquelles doivent déférer les communes et les particuliers. Cette faculté accordée à l'envahisseur s'explique par le vieil adage que « la guerre doit nourrir la guerre » et aussi par l'impossibilité quelquefois absolue où est un corps de troupes de se procurer, sans le secours de la population civile et du pays qu'il occupe, les choses nécessaires à la vie. Si l'on voulait déduire de cette explication les conséquences qu'elle comporte logiquement, il faudrait prohiber d'une part, les contributions pécuniaires qui ne sont, sous quelque forme qu'on les présente, qu'un rachat déguisé du pillage et décider d'autre part, qu'une

dommages de guerre pendantes entre les deux pays. Une question tonte différente est celle de savoir si un belligérant est tenu d'indemniser les neutres pour les dommages qu'il leur a causés en pays ennemi. Après un débat diplomatique analysé par Calvo (*Droit international théorique et pratique*, t. III, p. 224), l'Allemagne consentit à payer la valeur de six bâtiments anglais, mouillés dans la Seine à la hauteur de Duclair, et coulés par les troupes allemandes les 21 et 22 décembre 1870. On peut encore signaler une convention conclue le 2 novembre 1882 entre la France et le Chili pour la réparation des dommages causés aux Français par les opérations des troupes chiliennes sur les territoires et côtes du Pérou et de la Bolivie.

Digitized by Google

réquisition ne peut être ordonnée que contre paiement ou délivrance d'un reçu valant titre juridique à une indemnité pour celui qui a dû la subir.

Sur tous ces points, la doctrine est encore indécise. L'opinion dominante réprouve, il est vrai, les contributions purement pécuniaires dont l'unique but serait d'enrichir la caisse de l'armée [1]. En revanche, il n'y a pas accord absolu sur ce principe que toute réquisition en nature implique le paiement ultérieur d'une indemnité. Bluntschli déduit du droit qu'il reconnaît aux chefs de l'armée, de lever les impôts sur un territoire occupé, celui d'exiger des habitants qu'ils contribuent gratuitement à l'entretien et au transport des troupes et du matériel de guerre, pourvu que ces contributions soient consacrées par l'usage du pays et ne soient pas contraires aux lois de la guerre [2]; mais il reconnaît que les particuliers doivent être indemnisés de toutes les contributions dépassant ces limites. On peut trouver que ce système laisse une trop grande élasticité aux exigences d'une armée d'invasion et préférer l'opinion d'après laquelle toute réquisition, quelle qu'elle soit, doit être suivie d'un paiement immédiat ou ultérieur [3]. A supposer qu'on ait trouvé le moyen d'assurer l'authenticité ou tout au moins le caractère sérieux de reçus souvent crayonnés dans la chaleur du combat, à qui le paiement pourra-t-il en être réclamé ? Juridiquement, à l'État dont les représentants ont ordonné la réquisition et en ont profité; cette responsabilité serait un excellent moyen de prévenir les extorsions et de limiter les réquisitions au strict nécessaire [4]. En fait cependant, la solution de cette question dépend non de la logique juridique, mais de l'issue de la guerre : car, si l'État requérant est vainqueur, son premier soin ne sera-t-il pas de s'exonérer par une clause expresse du traité de paix des enga-

[1] Voy. pourtant, *Projet de déclaration de Bruxelles*, art. 41. *Lois de la guerre*, art. 58, et les restrictions de M. Lœning, *l'Administration du gouvernement général de l'Alsace pendant la guerre de* 1870-1871. *Rev. de Dr. intern.*, 1872, p. 107.

[2] Bluntschli, *op. cit.* § 653.

[3] *Instruct. américc.*, art. 38, *Projet de Bruxelles*, art. 42, *Lois de la guerre*, art. 60.

[4] *Contrà*, Lœning, *op. cit.*, p. 643 et suiv.

Digitized by Google

gements que ses réquisitions lui ont créés, sinon d'en imposer l'exécution au vaincu [1] ?

Y a-t-il maintenant obligation pour un État d'indemniser ses sujets des réquisitions qu'ils ont subies pendant l'occupation étrangère? En France, des indemnités totales ou partielles ont été fréquemment accordées [2]. Mais, il serait imprudent pour l'État de se soumettre théoriquement à une responsabilité juridique et illimitée. Ce serait inviter l'ennemi à le ruiner indirectement en imposant aux pays occupés des contributions exagérées dont ils n'auraient à faire que l'avance remboursable. En 1870, M. Thiers s'est montré l'adversaire résolu d'une proposition de loi tendant à considérer comme dette nationale le remboursement des contributions de guerre ou réquisitions subies par les contrées occupées [3]. Cependant, afin de donner satisfaction au principe de solidarité nationale, dont la conséquence directe est de faire supporter par le pays entier les frais d'une lutte soutenue dans l'intérêt commun, les lois du 6 septembre 1870 et du 7 avril 1873 accordèrent à ceux qui avaient matériellement souffert de l'invasion une indemnité pécuniaire qualifiée « dédommagement » par scrupule de rédaction.

II.

Malgré les graves atteintes auxquelles une guerre continentale expose la propriété privée, la supériorité du droit des gens moderne sur le système antique est manifeste. Pourquoi faut-il donc constater que le développement des lois de la guerre maritime n'a pas marché du même pas? Pourquoi le commerce maritime est-il interdit entre les nationaux des États belligérants, alors que le commerce terrestre, tant qu'il reste inoffensif, ne rencontre d'autres entraves que celles résultant des obstacles matériels apportés par le trouble de la guerre à la facilité des communica-

[1] *Institut de Droit international*, travaux préliminaires à la session de la Haye, rapport de M. Rolin-Jacquemyns, *Rev. de Dr. intern.*, 1875, p. 501 et suiv.

[2] Lois des 16 août 1793 et 28 avril 1816 — Conf. la loi allemande du 14 juin 1871, ordonnant le remboursement des prestations de guerre fournies par l'Alsace-Lorraine.

[3] Thiers, *Discours parlementaires* publiés par M. Calmon, t. XIII, p. 436 et suiv.

Digitized by Google

tions [1]? Comment expliquer qu'un navire de commerce, son équipage et la cargaison qu'il transporte puissent être capturés par la marine militaire, alors au contraire qu'une armée d'invasion est tenue de respecter la personne des non-combattants, rigoureusement obligée de s'abstenir de pillage et de réquisitions non justifiées? Par quelle raison mystérieuse un chargement insaisissable sur le quai devient-il sujet à saisie dès qu'il est arrimé sur un bâtiment?

L'opinion d'un grand nombre de publicistes est que ce contraste entre les conditions de la guerre maritime et celles de la guerre terrestre implique contradiction; c'est sans aucune raison valable que le droit de faire main basse sur le butin, expulsé du continent, conserverait sur mer une dernière application; ce vestige de la barbarie ancienne devrait au plus tôt reculer devant l'extension du principe nouveau que la guerre, lutte toute militaire entre deux États, ne doit causer aucun dommage direct aux intérêts privés.

La capture de la propriété privée maritime constitue-t-elle une anomalie aussi choquante qu'on le prétend? Oui, sans doute, si la guerre continentale accordait un respect absolu à la propriété privée, mais on sait qu'elle lui mesure cette immunité dans les limites conciliables avec la marche de ses opérations; et, puisque la nécessité militaire est la mesure du respect dont jouit la propriété terrestre, il n'y a aucune contradiction à fixer par le même principe la condition de la propriété privée maritime. Or, on prétend, non sans raison peut-être, que, sur mer, la guerre perd toute efficacité dès que la marine marchande peut échapper à ses coups, d'abord parce qu'elle constitue une réserve d'hommes et de matériel dont il est nécessaire de priver l'adversaire et ensuite parce que les passes d'armes de la marine militaire et l'at-

[1] Cette prohibition ne pourra jamais être complétement levée; par la force des choses, les belligérants interdiront toujours à leurs nationaux tout commerce avec l'ennemi, présentant une affinité même lointaine avec la contrebande de guerre; en outre, des considérations politiques ou militaires pourront leur suggérer des restrictions, nécessairement variables avec les événements, à la liberté des rapports commerciaux. Conf. A. Desjardins, *Traité de Droit commercial maritime*, t. I, p. 35-40. Calvo, *op. cit.*, III, p. 75 et suiv.

Digitized by Google

taque des côtes sont impuissantes à amener la conclusion de la paix, tant qu'elles ne sont pas renforcées par la menace d'une ruine imminente du commerce maritime[1].

Considéré à ce point de vue, le sort actuel de la propriété privée maritime n'apparaît plus seulement comme une pratique condamnable des anciens âges, mais comme une condition essentielle de la guerre maritime, inhérente au caractère particulier de ses moyens d'action. De ces deux théories, quelle est celle qui l'emportera dans l'avenir et se fera une place dans le domaine du droit international? Faut-il, après avoir découvert un moyen terme entre les exigences de la guerre continentale et les intérêts privés se résigner à penser que le bénéfice n'en pourra jamais être étendu au commerce maritime? Telle est la question que je voudrais soumettre à un sommaire examen.

Il faut, ce me semble, partir de cette idée que l'adoucissement des lois de la guerre est l'effet d'un progrès d'ordre moral, soumis comme tel aux lois générales qui régissent la marche de ce progrès. Or, il en existe deux facteurs que l'analyse a depuis longtemps dégagés. D'abord, un travail théorique qui aboutit à la découverte d'un principe nouveau auquel doit se conformer notre conduite, et ensuite un ensemble de circonstances favorables déterminant notre volonté à le prendre pour règle de nos actions. Rarement, ces deux facteurs agissent d'une façon simultanée, l'idéal est indiqué bien longtemps avant d'être réalisé, et ordinairement il s'écoule des années et même de longs siècles avant qu'un procédé prohibé ou ordonné par l'amélioration de nos idées morales disparaisse ou apparaisse dans le train ordinaire de la vie. Notre sujet en fournit un exemple frappant. Chacun de

[1] J'ai résumé brièvement les discussions sur la condition de la propriété privée maritime en temps de guerre : on trouvera une analyse complète et judicieuse des innombrables travaux relatifs à ce sujet, dans l'ouvrage de mon collègue et ami, M. Ch. de Bœck, agrégé à la Faculté de droit de Toulouse. — *De la propriété privée ennemie sous pavillon ennemi*, Paris, 1882. L'auteur se prononce avec une grande chaleur de conviction en faveur de l'inviolabilité ; il la tempère cependant par deux restrictions notables, la première concernant la contrebande de guerre, la seconde la violation d'un blocus régulièrement établi. M. de Bœck astreint aussi la propriété ennemie à l'exercice des droits de préemption et de réquisition justifiés comme dans la guerre continentale par la nécessité militaire.

Digitized by Google

nous condamne la guerre comme un triomphe de la force pure en contradiction avec le règlement juridique et pacifique que reçoivent les intérêts dans nos sociétés civilisés; la conscience publique flétrit les guerres offensives et les conquêtes qui en sont trop souvent la suite. Cependant, nous voyons les politiques se jouer de ces sentiments moraux et la conquête plus dure dans ses effets qu'elle n'a jamais été. De même, à notre point de vue spécial, il ne suffit pas d'établir et de démontrer théoriquement l'injustice de la confiscation de la propriété privée maritime pour qu'elle soit immédiatement abandonnée par les gouvernements; encore, est-il nécessaire au succès de cette doctrine qu'elle puisse cadrer avec le but et le caractère des guerres de l'avenir [1].

L'examen des faits contemporains et du mouvement général des idées sur cette question laisse une impression contradictoire; car, si l'on peut relever un grand nombre d'événements autorisant à penser que le principe de l'inviolabilité de la propriété privée maritime a traversé la phase purement sentimentale pour entrer dans le cercle des règles juridiquement établies, on en peut trouver d'autres établissant que la règle ancienne n'a rien perdu de sa force et qu'elle est peut-être à la veille de se frayer une nouvelle carrière dont il est difficile de calculer l'étendue et la durée.

Examinons rapidement ce double aspect des faits. L'événement le plus considérable qui puisse être signalé en faveur d'une réforme prochaine est la déclaration du 16 avril 1856 à laquelle ont adhéré la plupart des Etats civilisés, sauf quelques rares exceptions concernant l'Espagne, les Etats-Unis, le Mexique, la Nouvelle-Grenade, la Bolivie et l'Uruguay. Salué comme le plus grand événement qu'on ait jamais signalé dans l'histoire du droit international maritime [2], cet acte diplomatique réserve l'exercice du droit de prise à la force publique, c'est-à-dire aux marines militaires, à l'exclusion des particuliers auxquels on ne pourra plus délivrer à l'avenir ces lettres de marque qui leur per-

[1] Buckle, *Histoire de la civilisation en Angleterre*, traduction Baillot, T. I, p. 214 et suiv.

[2] Arthur Desjardins, *Les derniers progrès du Droit international. Revue des Deux-Mondes*, 15 janvier 1882.

Digitized by Google

mettaient autrefois d'écumer les mers et de se livrer sans relâche à une poursuite incessante de la marine marchande. Et même dans ces limites, le droit de capture est-il énervé, amendé par l'insaisissabilité conférée à la propriété privée ennemie toutes les fois qu'elle navigue sous un pavillon neutre.

Dans les années suivantes, le commerce maritime s'efforça de déloger le droit de prise du domaine restreint où l'avait cantonné la déclaration de 1856 [1]. Cette agitation n'est pas restée stérile; elle a d'abord suscité en France et en Angleterre un certain nombre de projets législatifs qui, s'ils n'ont pas été suivis de votes favorables, ont eu du moins le mérite d'attirer l'attention des parlements sur la gravité du problème [2]. En Allemagne et en Italie, au contraire, la réforme a trouvé un succès complet. La Diète de l'Allemagne du Nord a d'abord adopté à l'unanimité (18 avril 1868) une motion du Dr Ægidi invitant le chancelier de l'Allemagne du Nord à nouer des négociations diplomatiques en vue de compléter l'acte de 1856; quant à l'Italie, elle s'est enlevé par des textes formels l'exercice du droit de prise, sous la seule condition de réciprocité [3]. Il est remarquable enfin que pendant cette période, les gouvernements ont fréquemment renoncé, d'une manière spontanée, à l'exercice de leurs droits. Deux traités de paix contiennent une clause ordonnant la restitution des navires capturés pendant les hostilités; quelquefois même, il est arrivé que les belligérants ont expressément manifesté dès le début de la guerre l'intention de respecter la propriété maritime, à l'exception de la contrebande de guerre laissée sous l'empire du droit ancien [4].

[1] Résolution de l'assemblée de Brême du 2 décembre 1859, texte reproduit par Bluntschli, *op. cit.*, *Rev. de Dr. intern.*, 1877 p. 553, et pétition des négociants de Liverpool, Bristol, Manchester, etc., adressée à lord Palmerston en 1860.

[2] En Angleterre, Motions Horsfall (1862) et Gregory (1866). En France, projets Garnier-Pagès, discutés sans résultat les 13 avril 1866 et 17 juillet 1870.

[3] Code de la marine marchande de 1866. Conf. de Boeck, *op. cit.*, p. 337-345. Traité du 26 février 1871 entre l'Italie et les Etats-Unis, art. 12.

[4] Traité de Zurich du 10 novembre 1859, art. 3. « Les bâtiments autrichiens capturés qui n'ont pas encore été l'objet d'une condamnatfon de la part du conseil des Prises seront restitués ». Décret du 29 mars 1865, par

Digitized by Google

Aujourd'hui, il semble que la marche de ces idées généreuses subit un temps d'arrêt; pendant la guerre franco-allemande de 1870-1871, la marine française a capturé les navires allemands qu'elle a pu rencontrer, bien que la Prusse eût aussi solennellement que platoniquement renoncé, comme en 1866, à la faculté de capture. Plus tard, l'art. 13 du traité de Francfort du 10 mai 1871 a maintenu l'effet des condamnations prononcées par les conseils de prises français antérieurement au 2 mars 1871 [1]. Enfin, il y a quelques années, les Chambres anglaises nous ont donné le spectacle d'une tendance très marquée vers le rétablissement de la course qu'on pouvait croire définitivement abolie [2].

Sommes-nous menacés d'une rétrogradation vers les pratiques anciennes? La propriété privée est-elle destinée à courir, de nouveau, les dangers dont la déclaration de 1856 l'a délivrée dans une si large mesure?

La solution de cette question nous paraît intimement liée aux deux suivantes : *a*. Quel est le but actuel de la politique et de l'activité des nations? *b*. De quels moyens disposent-elles pour engager et soutenir une lutte maritime? Par l'effet d'une loi dont je crois l'application inéluctable, il faudra que les principes du droit des gens se subordonnent aux conditions de la guerre moderne et en acceptent les conséquences.

lequel le gouvernement français restitue à leurs propriétaires les navires mexicains capturés pendant la durée de la guerre. Traité du 30 octobre 1864, entre le Danemark, la Prusse et l'Autriche, art. 13. Déclarations conformes de la Prusse, de l'Autriche et de l'Italie au début de la guerre de 1866, texte de ces déclarations reproduit par de Boeck, *op. cit.*, p. 130.

[1] Déclaration du 21 juillet 1870 par laquelle le gouvernement français se réserve le droit de capture, suivant les termes de la déclaration de 1856 et Instructions du ministre de la marine du 25 juillet 1870. — Décret prussien du 18 juillet 1870, contenant une déclaration conforme à celle de 1866; ce décret fut rapporté le 12 janvier 1870 après la capture d'un certain nombre de bâtiments allemands par la marine française. La captivité des équipages montant les bâtiments capturés occasionna entre M. de Chaudordy et M. de Bismark un débat diplomatique (notes des 4, 28 octobre et 16 nov. 1870), clos par des représailles allemandes.

[2] A. Desjardins, *loc. cit.*, p. 347. L'Institut de Droit international, s'est montré favorable à l'inviolabilité de la propriété privée maritime. Sessions de la Haye 1875, et de Zurich 1877. Voy. l'analyse de ses travaux, de Bocck, *op. cit.*, p. 493 et suiv.

Digitized by Google

Or, les événements de la dernière moitié de ce siècle ont créé en Europe de nouveaux Etats pourvus d'armements puissants et animés de toute l'ardeur de la jeunesse. Le secret de l'avenir est dans l'emploi qu'ils sauront donner à leurs forces et dans la direction qu'ils imprimeront à leur politique; comment les prévoir? L'expérience historique va nous permettre de hasarder au moins quelques conjectures. Toujours, les hommes d'Etat ont dû régler leur conduite sur les aspirations du souverain. Sous l'ancien régime, un ministre soucieux de conserver le pouvoir et de satisfaire l'ambition de son maître obéit à une pensée presque exclusive, celle d'accroître l'étendue territoriale du royaume et de fonder sa grandeur sur l'abaissement des monarchies rivales. De nos jours, les masses populaires dans lesquelles réside la souveraineté ont des visées différentes, nourrissent d'autres ambitions; il est d'autant plus nécessaire de les connaître que les gouvernants ayant mission de les représenter devront nécessairement s'appliquer à leur donner satisfaction.

Ce serait mal connaître les nations modernes que de leur supposer des rêves de prépondérance purement politique. Avant tout, elles sont avides de richesses et de bien-être; jadis, les princes ont lutté afin de fixer dans leur maison la monarchie universelle; aujourd'hui, les peuples s'apprêtent à se disputer avec un acharnement égal l'hégémonie industrielle et commerciale.

A ces perspectives un peu sombres, les économistes qui ont du baume pour toutes les plaies se plaisent à en opposer de plus riantes. Volontiers, ils s'imaginent que le triomphe du libre échange transformera l'Europe en un vaste atelier pacifique où, la division du travail étant poussée à l'extrême, les nations appliqueront chacune leurs efforts à une fonction spéciale et se fourniront réciproquement les choses nécessaires à la vie; aucune d'elles ne possédera une organisation industrielle assez complète pour subvenir à l'ensemble de ses besoins sans le secours de ses voisines. Quelle apparence que la guerre puisse jamais troubler l'harmonie de ces relations pacifiques, rompre la solidarité étroite qui en sera la suite? Les moyens matériels même manqueraient pour l'entreprendre et la soutenir; et si, par malheur, elle éclatait, elle atteindrait si profondément l'existence matérielle et les

Digitized by Google

intérêts des belligérants qu'elle aurait peu de chances de durée [1].

On sait ce que valent ces prévisions optimistes, on n'en est plus à compter les démentis qui leur sont, à chaque instant, infligés par les tendances du protectionnisme; loin de songer à supprimer les frontières douanières, une pensée commune pousse au contraire les gouvernements à renforcer leur solidité économique. Au moyen de surélévations de tarifs, la plupart des Etats se hérissent de barrières fiscales, murent leur marché intérieur et le réservent avec un soin jaloux à l'industrie nationale; aucun ne recule devant les plus lourds sacrifices pour acclimater sur son territoire les industries les plus diverses et réaliser à son profit une réduction de l'univers économique qui lui donnera le double avantage de se soustraire à la dépendance industrielle de l'étranger et de stimuler l'accroissement de la richesse publique par l'expansion de sa puissance productive [2]. L'application de ces idées exclusives paraît être à la veille d'atteindre les personnes elles-mêmes, si l'on en juge par les mesures prises aux Etats-Unis contre les immigrants chinois, si l'on tient compte aussi des expulsions systématiques pratiquées dans ces dernières années par l'Allemagne et la Russie sous l'empire de motifs qui peuvent être aussi bien économiques que politiques. Et n'a-t-on pas quelquefois proposé en France soit de frapper les étrangers d'une taxe de séjour, soit de les exclure de toute participation à certains travaux publics? De tels procédés ne seraient du reste que le développement logique du système. Dès qu'on prend souci des intérêts économiques nationaux, il est difficile de réserver les bienfaits de la protection aux chefs d'industrie; par une pente naturelle, on est bientôt entraîné à tenter de mettre la condition des salariés à l'abri du préjudice dont l'afflux des travailleurs étrangers pourrait la menacer [3].

[1] Frédéric Bastiat, *Harmonies économiques, passim*; *Sophismes économiques*; n° XIX, *Indépendance nationale*.

[2] Sur les causes et les manifestations du mouvement potectionniste. Cauwès, professeur à la Faculté de Droit de Paris, *Cours d'économie politique*, T. I, p. 731 et suiv.

[3] Voy. la remarquable étude de M. Ch. Gide, professeur à la Faculté de droit de Montpellier. *A quoi servent les colonies? Revue de Géographie* 1886, tirage à part, p. 7.

Digitized by Google

La concurrence est donc ouverte entre les nations; les progrès même de l'industrie ne la rendent que plus redoutable; maintenant, les produits industriels s'obtiennent en grande quantité et à bas prix; ces perfectionnements de la production ont leurs côtés bienfaisants, ils font de plus en plus pénétrer dans les masses un bien-être qu'elles ignoraient autrefois; mais ils ont aussi leur revers, nous leur devons une surabondance de production, une surproduction, pour employer l'expression usitée, dont les barrières qui divisent l'Europe entravent la circulation et gênent le placement. De là, une série de crises économiques qui ont déjà accumulé des ruines incalculables. Pour conjurer ces désastres, on s'est avisé qu'il fallait créer de nouveaux débouchés à notre pléthore industrielle, trouver un emploi à ces richesses dont les peuples civilisés ne peuvent utiliser la totalité, chercher de nouveaux clients et convier les peuples arriérés ou moins bien outillés à consommer les produits de notre industrie.

Ce courant d'opinion a créé presque immédiatement une fièvre de colonisation, un désir immodéré d'expansion coloniale déjà marqués de succès et de revers pour les peuples qui y ont cédé les premiers; ces mécomptes ont été impuissants à enrayer le mouvement. Aujourd'hui, encore, nous voyons la plupart des États européens en quête de terres vacantes où ils puissent planter leur drapeau, occupés à assujettir les barbares qui traversent leurs projets; bref, engagés à des degrés divers dans une série d'opérations militaires destinées à leur procurer soit des colonies, soit même de simples comptoirs commerciaux, suivant qu'ils voient dans leur action un moyen de trancher une simple question commerciale ou d'accroître du même coup leur influence politique. Pour un temps, ces préoccupations ont fait trêve aux calculs de politique mesquine qui ont si souvent agité l'Europe. A l'occasion même, les diplomates se sont entendus pour fixer équitablement les droits de chacun à la prise de possession de territoires extra-européens; et il y a peu de temps une conférence se réunissait à Berlin dans le double but d'ouvrir certaines parties de l'Afrique centrale au commerce international et de régler les conditions sous lesquelles un droit de

Digitized by Google

souveraineté pourrait être acquis à l'avenir dans ces contrées [1].

Il n'est guère permis d'espérer que ces dispositions conciliantes dureront éternellement; il est à craindre au contraire que la direction de nos efforts vers de nouvelles régions déplace simplement le champ des compétitions internationales. La chasse aux colonies détournera-t-elle certains pays, par les vastes horizons qu'elle leur découvre, d'engager des luttes acharnées pour quelques lieues carrées de terre européenne? Peut-être; mais, à bien la considérer, elle recèle de nombreux germes de conflits. A force d'étendre démesurément leurs possessions, les Etats multiplient leurs points de contact et, par cela même, leurs chances de dissentiment; l'occupation d'un rocher aride ou d'une plage déserte, la navigation d'un grand fleuve ou l'usage exclusif d'une route commerciale nous promettent plus d'une rupture des relations pacifiques. Plusieurs expériences, dont le souvenir ne peut encore être effacé, nous ont déjà révélé toute l'étendue du péril; on sait à quelle rude épreuve les rivalités coloniales de la Russie et de l'Angleterre ont soumis naguère le maintien de la paix, et plus près de nous encore, on n'a pas oublié dans quelle aventure l'Allemagne et l'Espagne ont failli se jeter pour la possession d'un îlot sans grande importance perdu dans l'immensité de l'Océan pacifique et dont notre ignorance géographique soupçonnait à peine l'existence [2].

Les intérêts économiques et coloniaux, causes possibles des guerres que l'avenir verra éclater, ne manqueront pas de leur donner une étendue et une âpreté nouvelles. Lorsque les grandes puissances européennes auront atteint l'extension coloniale à laquelle nous les voyons appliquer la meilleure partie de leurs forces, le théâtre de la guerre prendra alors une ampleur qu'il n'a encore présentée que dans certaines luttes de la France et de l'Angleterre; avec la fondation de colonies, la création de stations

[1] Travers Twiss, *Le Congrès de Vienne et la Conférence de Berlin. Rev. de Dr. intern.*, 1885, p. 201. — Engelhardt, *La Conférence de Berlin*, origine des actes de navigation du Congo et du Niger, *ibid.*, 1886. Martens, *La conférence du Congo à Berlin et la politique coloniale des Etats modernes, ibid*, 1886.

[2] Anatole Leroy-Beaulieu, *Rivalités coloniales de l'Angleterre et de la Russie. Revue des Deux-Mondes*, 15 janvier 1886.

Digitized by Google

navales, l'établissement de comptoirs commerciaux, les points vulnérables se multiplieront à l'excès; sur presque toute l'étendue du globe, les belligérants chercheront à se nuire et porteront leur effort militaire; par une conséquence nécessaire, la guerre maritime devra prendre une importance telle qu'il est devenu indispensable de rechercher à quelles règles son armement et la tactique des amiraux la contraindront d'obéir [1].

Pour qui tiendra compte des considérations qui viennent d'être développées, il est vraisemblable que les belligérants verront avant tout dans la lutte un moyen d'en finir avec une concurrence préjudiciable à leurs intérêts, un prétexte pour atteindre dans ses sources vives la puissance financière et commerciale d'un rival gênant. De pareilles visées ne peuvent manquer d'exercer une influence considérable sur les procédés de la guerre, et comme le plus sûr moyen d'anéantir la fortune publique est encore de ruiner les particuliers eux-mêmes dont les richesses concourent à former celles de l'Etat, c'est très probablement sur la propriété privée que portera le poids des guerres futures. Les moyens de l'atteindre soit directement, soit indirectement, ont été assez étudiés, et, qui pis est, assez appliqués pour qu'il soit possible dès aujourd'hui d'en esquisser la théorie.

Sur mer, il est question, pour des raisons d'ordre technique dont je m'interdis la discussion, de renoncer à la traditionnelle guerre d'escadre qui, après deux ou trois chocs meurtriers, donnait l'empire de la mer au vainqueur, pour lui substituer une tactique navale dont les grandes lignes et même les détails sont déjà arrêtés. Des conditions nouvelles ont été créées à la guerre maritime par la substitution de la marine à vapeur à la marines à voiles. Jadis, une victoire décisive, Aboukir ou Trafalgar par exemple, dispersait ou détruisait les forces navales du vaincu; du même coup, elle donnait au vainqueur l'empire de la mer, c'est-à-dire le triple avantage de pouvoir bloquer étroitement certains points du littoral ennemi, de le tenir sous une menace perpétuelle de descente et d'assurer d'une manière presque absolue la sécurité du commerce national. De nos jours, il serait chimérique de compter sur de pareils résultats; l'expé-

[1] Gabriel Charmes, *Politique extérieure et coloniale*, p. 216.

Digitized by Google

rience a démontré, surtout pendant la guerre de sécession américaine, qu'il est toujours possible à un croiseur de marche supérieure de rompre les lignes d'un blocus même rigoureux et de causer les plus graves désastres même à la marine marchande la mieux protégée par la marine militaire; quant aux descentes militaires elles ne peuvent plus avoir qu'une influence très secondaire sur l'ensemble des opérations. De collectives, les opérations navales sont destinées à devenir individuelles; un grand nombre de croiseurs légèrement construits, légèrement armés, doués d'une vitesse exceptionnelle, également propres à la fuite devant un ennemi supérieur et à la poursuite d'une proie sans défense, sont lancés sur les mers avec mission de fondre sur les navires de commerce, de les guetter au passage sur les routes commerciales et de capturer sans pitié leurs équipages et leurs cargaisons [1].

On sait déjà ce qu un pareil régime peut causer de désastres; les exploits de l'Alabama et de ses émules dont l'Angleterre a dû payer les frais aux États-Unis [2]; en 1870-1871 la campagne de l'Augusta arrêtée à temps par la marine française; plus récem-

[1] M. l'amiral Aube a développé toutes ces considérations avec un grand talent; aussi, les conclusions de l'auteur sont-elles qu'il est temps de renoncer à la grande guerre dont on ne peut attendre qu'une gloire stérile et de prendre pour objectif unique la ruine du commerce ennemi par les moyens qui ont été sommairement indiqués au texte. Aube, *L'avenir de la marine française, Revue des Deux-Mondes*, 1er juillet 1874. *La guerre maritime, ibid.*, 15 mars 1882. Récemment, ces mêmes idées ont trouvé, sous la plume du regretté Gabriel Charmes, de brillants développements auxquels elles ont dû un grand retentissement. G. Charmes, *Réforme de la marine*, Paris, 1885.

[2] Par la sentence arbitrale rendue à Genève le 14 septembre 1872, la Grande-Bretagne a été condamnée envers les Etats-Unis au paiement d'une somme de 15.500.000 dollars à titre de réparation des dommages directs causés par les croisières de l'Alabama, de la Florida et du Shenandoah. (Le nombre des navires capturés ou détruits représentait 1/50e de la masse totale de la marine marchande des Etats-Unis en 1860). Mais, pour avoir une idée exacte de l'étendue des pertes causées à l'Union par les croiseurs confédérés, on doit ajouter les dommages indirects dont les arbitres ont refusé de tenir compte dans leur calcul (Prolongation de la lutte, élévation du taux des assurances, ventes des navires à des étrangers, et enfin pertes de frêt ou diminution du trafic que la marine américaine n'a pu encore, parait-il, complétement ressaisir). E. de Laveleye, *Du respect de la propriété privée sur mer en temps de guerre, Rev. de Dr. intern.*, 1875, p. 592, et de Boeck, *op. cit.*, p. 123.

Digitized by Google

ment encore, celle du Huascar pendant le conflit péruvio-chilien, nous ont appris ce qu'on peut attendre de bâtiments laissés à leur propres forces, lorsqu'ils sont montés par d'audacieux équipages et sous les ordres d'aventureux commandants.

Voyons les conséquences du système à l'égard du commerce maritime; dès le début des hostilités, la terreur se répand sur les mers; nombre de navires en cours de voyage sont enlevés et impitoyablement confisqués, les plus heureux se hâtent de demander à un port neutre ou national un refuge où ils devront rester confinés pendant toute la durée de la guerre. Les relations commerciales sont rompues, les industries auxquelles les matières premières n'arrivent qu'à travers mille difficultés se soutiennent à peine et suspendent l'exécution de leurs engagements. A la faveur de ce trouble, des rivaux entreprenants, quelquefois un adversaire heureux s'emparent de la place inoccupée, et, la paix rétablie, il est quelquefois impossible de reprendre les positions conquises par d'autres. Bien des protestations ne sont élevées contre ces théories; elles ont peu de chances d'être écoutées. Les instruments de combat sont trouvés, leur mode d'emploi déterminé ; comment croire que, par pur esprit de générosité, les belligérants s'abstiendront d'y recourir? Plus fortes seront les tendances modernes auxquelles est offert un si merveilleux moyen d'obtenir satisfaction.

(*La suite prochainement*). JULES CABOUAT.

BIBLIOGRAPHIE.

PRÉCIS DE DROIT COMMERCIAL

Par MM. Ch. LYON-CAEN et L. RENAULT,
Professeurs à la Faculté de droit de Paris et à l'École libre des Sciences politiques.

Compte rendu par M. Ch. TESTOUD,
Professeur à la Faculté de droit de Grenoble.

Commencé il y a plusieurs années, le *Précis de Droit commercial* (il conviendrait mieux de dire le traité) de MM. Lyon-Caen et Renault est aujourd'hui achevé et il est possible de porter sur lui un jugement d'ensemble. Personne ne contestera que ce ne soit l'œuvre la plus importante parue, depuis plus de vingt ans, sur cette partie si intéressante et surtout si vivante de notre

Digitized by Google

législation. Dans le second volume, comme dans le premier, dont nous avons jadis présenté les deux fascicules aux lecteurs de cette Revue, l'abondance extrême des renseignements de toute espèce amassée par les deux collaborateurs surprend le lecteur le moins attentif. On peut dire que rien n'a été omis, qu'aucune source n'a été négligée. De l'économie politique, on en trouve à chaque page et de la meilleure, de l'économie politique en action. L'histoire de chaque institution, en remontant quelquefois jusqu'aux sources romaines, n'est pas oubliée. Le commentaire des textes positifs est souvent accompagné de la critique de la loi et presque toujours de rapprochements avec les législations étrangères. Nous pourrions citer de nombreux exemples de l'application d'une méthode si féconde pour l'instruction du lecteur.

Le deuxième volume est consacré à trois grandes matières : le commerce maritime, les faillites et banqueroutes et enfin la propriété industrielle. On se souvient en effet que nos auteurs ont, avec grande raison, complété le commentaire du Code de commerce et des lois qui s'y rattachent, par l'étude des brevets d'invention, des dessins et modèles industriels et des marques de fabrique. Des parts bien inégales ont été faites à ces matières : Le Droit maritime absorbe près de 600 pages; il en est de même des faillites et banqueroutes; la propriété industrielle est réduite à des proportions modestes : une vingtaine de pages. N'eût-il pas été possible de la traiter plus honorablement ?

Enfin, le second volume contient encore une étude sur les juridictions commerciales : tribunaux de commerce, conseils de prud'hommes et quelques mots des chambres de commerce.

Le traité du commerce maritime a reçu, dès son apparition en fascicule séparé, un accueil éminemment sympathique dans le monde savant. On y a particulièrement remarqué une introduction qui est (que l'on nous passe l'expression, les lecteurs du livre ne la trouveront pas exagérée) un petit chef-d'œuvre en 16 pages.

Nous voulons parler d'une étude sur les conditions du commerce maritime, considérées soit au point de vue historique, soit au point de vue économique. Nos auteurs indiquent, en quelques lignes, le double intérêt qu'offrent, pour nos hommes d'État, la conservation et le maintien de notre marine marchande.

Digitized by Google

Intérêt commercial d'abord. Nos bâtiments marchands nous apportent les matières premières que le sol national ne produit pas et exportent ensuite les objets fabriqués. Intérêt militaire et de défense nationale. Grâce à l'inscription maritime, la marine marchande est le fonds où vient puiser la marine militaire pour le recrutement de ses équipages. Il importe que ce fonds ne s'épuise pas. MM. Lyon-Caen et Renault signalent avec sagacité les principales causes du peu de progrès, pour ne pas dire de la décadence de la marine française. D'une part, nous n'avons pas en France les matières premières nécessaires pour les constructions navales, en quantités suffisantes, ce qui nous force à recourir à l'industrie étrangère ou à construire nous-mêmes à des prix plus élevés. D'autre part, si notre marine peut compter sur un fret de retour, il lui est difficile d'obtenir le fret d'aller et le plus souvent elle doit partir de nos ports presque à vide.

Comment faire pour assurer l'existence d'une industrie si intéressante pour la nation? On trouvera, chez MM. Lyon-Caen et Renault, des notions très précises sur tout ce qui s'est fait dans notre pays, dans cet ordre d'idées, depuis Colbert et le pacte colonial, jusqu'aux primes aux constructions navales établies par la troisième République.

Nous n'avons pas compétence suffisante pour apprécier les solutions de droit contenues dans les pages qui suivent. Les auteurs ne méconnaissent pas le mérite de l'ordonnance de 1681 et les services qu'elle a rendus. Ils n'hésitent pas cependant à critiquer certaines règles qui, empruntées à l'ordonnance, se sont perpétuées dans le Code de commerce. C'est ainsi qu'ils ne voudraient pas que le propriétaire d'un navire eût la faculté de se dégager des obligations provenant des contrats et des délits de son préposé, en abandonnant le navire et le fret. Il y a là une grande faveur pour les armateurs et une notable dérogation au droit commun de la responsabilité civile. Cette faveur profite-t-elle à ceux qui en sont l'objet? N'est-elle pas plutôt pour la marine française une cause de discrédit? Pourquoi dès lors ne pas revenir au droit commun? Si les armateurs appréhendent des responsabilités trop lourdes, ils n'ont qu'à se constituer en sociétés de capitaux, afin de n'engager qu'une portion prévue et limitée de leur patrimoine.

Digitized by Google

Trois matières attireront spécialement l'attention par le soin avec lequel elles sont traitées. D'abord, la matière des avaries. Les auteurs ont assemblé dans un même corps de doctrine des principes que les rédacteurs du Code de commerce ont peut-être eu tort de séparer. Ils s'occupent en même temps des avaries communes en général, du jet et de la contribution. L'intelligence de ces principes spéciaux ne pouvait qu'être rendue plus aisée par des rapprochements aussi naturels. On s'est souvent demandé s'il y avait lieu à contribution dans le cas où le péril commun provenait d'une faute. Beaucoup d'auteurs, pour ne pas dire l'unanimité, repoussent l'idée de contribution, dans le cas où l'existence d'une faute est démontrée, à la charge du capitaine. M. de Courcy, un spécialiste renommé en matière d'assurances, a été presque seul à défendre la thèse opposée. MM. Lyon-Caen et Renault s'associent à lui. A leurs yeux, le principe qui domine la situation n'est autre qu'une règle d'équité : Nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui. On lira encore avec un intérêt marqué la théorie des assurances maritimes. Ceux qui s'occupent d'assurances terrestres ou même d'assurances sur la vie y trouveront d'intéressantes analogies légales, analogies d'une utilité sans pareille pour des contrats que le législateur n'a pas prévus et qui ont pris cependant un si grand développement. Enfin, l'hypothèque maritime fait l'objet d'un chapitre spécial.

Nous avons hâte d'arriver aux faillites et banqueroutes qui, avec le droit maritime, forment le corps du tome II. L'ordre du Code est à peu près suivi et, comme dans le Code, les diverses opérations auxquelles la faillite donne lieu se déroulent dans une succession chronologique. Divers points ont attiré notre attention.

Dans leur introduction historique, MM. Lyon-Caen et Renault disent que la faillite de l'ordonnance de 1673 s'appliquait aussi bien aux non-commerçants qu'aux commerçants. S'il en était ainsi, l'ancien droit aurait été de beaucoup en avance sur le droit moderne. Il se produit en effet de nos jours sur cette question une évolution curieuse. La tendance actuelle des législations européennes serait d'assimiler, au point de vue de la faillite, les commerçants et les non commerçants. Il serait assez étrange que cette assimilation qui, dans la plupart des pays, a assez de mal à

Digitized by Google

se faire accepter, eût été admise sans conteste par le législateur français, à une époque où la cessation des paiements exposait le débiteur à des pénalités si rigoureuses. L'assertion de MM. Lyon-Caen et Renault nous semble donc assez douteuse. Elle ne peut se réclamer que du texte conçu en termes très généraux de l'ordonnance. Mais cela suffit-il? La généralité des expressions de l'art. 1er, t. XI, de l'ordonnance ne paraît pas avoir beaucoup frappé les commentateurs. Tous ont pensé qu'il n'y avait de faillite que pour les commerçants. Nous renvoyons sur ce point aux citations que fournissent eux-mêmes MM. Lyon-Caen et Renault. A la vérité, les anciens écrivains juridiques parlent de faillites de notaires, de prêtres, d'auditeurs des comptes. Cela n'est pas tout à fait décisif. Aujourd'hui encore une personne que sa profession rend incapable de faire le commerce peut être mise en faillite, s'il est démontré que, malgré la prohibition, elle faisait habituellement des actes de commerce.

Il est évidemment impossible, dans les étroites limites assignées à ce compte-rendu, de parler des nombreuses solutions de controverses contenues dans cette partie du livre. Nous ne citerons que les questions les plus à l'ordre du jour.

Ainsi MM. Lyon-Caen et Renault n'admettent pas qu'une Cour d'appel puisse réformer un jugement déclaratif de faillite, si le failli ayant réellement cessé ses paiements à la date de ce jugement rapportait devant la Cour le quitus de ses créanciers. La Cour suprême s'est prononcée en sens contraire (23 novembre 1881). En théorie MM. Lyon-Caen et Renault sont inexpugnables. En somme, le jugement critiqué a été bien rendu. La Cour ne doit-elle pas apprécier les circonstances de la cause, d'après leur état au moment où a été prononcé le jugement de première instance? En fait, du reste, rien ne prouve que les créanciers dont la quittance est produite aient été depuis le jugement intégralement désintéressés. Notons aussi, toujours au sujet de la déclaration de faillite, que la femme commune et non séparée de corps peut être déclarée en faillite par un autre tribunal que celui du domicile de son mari. C'est la doctrine de l'arrêt de la Cour suprême du 12 juin 1883 à laquelle se rattachent MM. Lyon-Caen et Renault. Il n'eût pas été inutile de donner quelques mots de

Digitized by Google

justification. Le principe admis repose-t-il sur une présomption d'état, sur l'élection de domicile, ou sur cette idée que le mari autorisant sa femme à faire le commerce l'autorise par là même à avoir pour ce commerce un domicile distinct? Ou bien enfin les considérations d'utilité pratique l'emportent-elles sur le respect des principes?

Sur les effets de la faillite, MM. Lyon-Caen et Renault apportent l'appui de leur autorité à l'opinion généralement en faveur à l'école suivant laquelle ces effets ne se produisent qu'à la suite d'un jugement régulier. La jurisprudence courante, en ce qui touche les droits des femmes et l'application des peines de la banqueroute, rencontre ainsi de nouveaux adversaires. On doit signaler particulièrement au point de vue du droit criminel les observations décisives de nos auteurs. La jurisprudence en vient avec son système à consacrer l'indépendance absolue des juridictions civiles et criminelles. C'est ainsi qu'elle est obligée d'admettre que le tribunal de commerce peut se refuser à prononcer la déclaration de faillite d'un débiteur que les juridictions répressives ont cependant condamné comme banqueroutier. (Voir le jugement du tribunal de commerce de Marseille du 8 mars 1877 qui se fonde sur ce que le débiteur condamné comme banqueroutier n'était pas commerçant). Cela étant, que devient l'autorité en matière civile de la chose jugée au criminel? En prononçant les peines de la banqueroute, la juridiction répressive a par là même constaté que l'accusé était commerçant; car l'art. 585 Co. suppose que le banqueroutier est un commerçant failli.—Ajoutons cette autre considération fort grave au point de vue de la procédure des Cours d'assises. N'y a-t-il pas complexité dans la question posée au jury, en matière de banqueroute frauduleuse, lorsqu'il n'y a pas eu déclaration de faillite préalable : Un tel, commerçant failli, a-t-il commis tel fait entraînant les peines de la banqueroute?

Sur une autre controverse également classique, nos auteurs se sont encore associés aux protestations de la doctrine contre la jurisprudence. Ils pensent (n° 2734) que la constitution de dot est un acte à titre gratuit, dans toute la force du terme et qu'elle tombe par conséquent sous le coup de l'art. 446 Co. Le conjoint de l'époux doté serait atteint fatalement par la nullité, sans qu'il

Digitized by Google

y eût lieu de se préoccuper de sa bonne ou de sa mauvaise foi. — Nous acceptons sans hésiter la première solution. Quant à la seconde, elle éveille en nous quelques scrupules, malgré l'énergique formule de l'art. 446 (sont nuls, etc.). Est-il bien certain que la loi commerciale ait voulu, à la différence de la loi civile, méconnaître la bonne foi des tiers ayant traité à titre onéreux et luttant pour ne point perdre? De plus, M. Labbé signale une contradiction vraiment choquante dans le système que nous serions portés à critiquer. (Dissertation sous l'arrêt de Caen du 7 mars 1870, J. d. P. 1870, p. 1077). « Un tiers dit-il, prête de bonne foi de l'argent, sous la garantie d'une hypothèque, à un commerçant qui est ensuite déclaré en faillite, avec report de la date de la cessation des paiements à une date antérieure au prêt. L'hypothèque est valable. Que s'il a consenti le prêt au fils du commercant récemment doté par son père, le prêt est nul. » Est-ce possible?

Au n° 2715, MM. Lyon-Caen et Renault donnent une autre solution relative aux effets du jugement déclaratif, contre laquelle nous croyons que l'on peut formuler quelques doutes. L'art. 448 Co. serait applicable, même aux privilèges qui, comme ceux des co-partageants et des séparatistes, peuvent être inscrits, au point de vue du droit de préférence, dans un certain délai à partir de leur naissance. Nous hésitons beaucoup à nous rallier à cette solution rigoureuse. Comme on l'a souvent fait remarquer, il n'y a, en pareil cas aucune négligence à reprocher aux créanciers non inscrits avant la faillite. Ils jouissaient d'un délai pendant lequel ils pouvaient utilement s'inscrire, nonobstant toute inscription nouvelle survenue dans l'intervalle. Pourquoi ne pas leur permettre d'aller jusqu'au bout de leur délai, malgré une déclaration de faillite, malgré l'inscription de l'hypothèque légale de l'art. 490? En somme, les droits de la masse ne sont pas plus respectables que ceux d'un créancier hypothécaire ordinaire. A un autre point de vue, il ne paraît pas conforme à l'esprit de la loi d'appliquer l'art. 448, puisque l'inscription dont il s'agit ne fait pas acquérir de droits de préférence nouveaux. Le délai d'un an de l'art. 8 de la loi de 1855, pour les hypothèques légales des incapables, est de même nature. C'est aussi un délai

Digitized by Google

donné pour la conservation du droit de préférence. Cependant, MM. Lyon-Caen et Renault admettent l'efficacité de l'inscription prise dans l'année, malgré une déclaration de faillite. « Le délai, disent-ils, a un caractère purement conservatoire. » N'en est-il pas de même du délai de 60 jours des co-partageants et du délai de 6 mois des séparatistes? « L'inscription, ajoutent-ils, assure aux intéressés le maintien du rang qui leur est assigné par le Code civil. » N'en est-il pas de même des inscriptions de co-partageants et des séparatistes ?

Il faut se borner et laisser de côté une foule de sujets sur lesquels il serait possible d'instituer d'intéressantes discussions. — Bornons-nous à un dernier exemple. — MM. Lyon-Caen et Renault limitent avec soin la portée d'application de l'art. 563 Co. et déterminent d'une façon très précise à la requête de qui cet article restrictif peut être invoqué.

La masse des créanciers aurait seule qualité pour se prévaloir de l'art. 563 Co. à l'exclusion des créanciers hypothécaires et des divers détenteurs. Nos auteurs se rallient ici à l'opinion de M. Labbé qui a, lui aussi, combattu l'extension donnée à l'application du texte par certaines décisions de jurisprudance.

La matière de la propriété industrielle a été traitée fort rapidement, c'est-à-dire sans beaucoup de détails. — La rapidité chez MM. Lyon-Caen et Renault n'est du reste que de la concision. Une solution admise à propos des cessions de brevets nous a paru sujette à discussion. — D'après nos auteurs (n° 3298) la prescription de l'acte notarié pour ces cessions ne serait pas accompagnée de la sanction de la nullité. Le secrétaire général aurait seulement le droit de refuser la formalité de l'enrégistrement. Est-ce bien exact? Les règles de forme ne sont-elles pas en général pourvues de la sanction de la nullité ? La formule de la loi n'est-elle pas irritante et conçue du reste en termes analogues à la formule du Code civil prescrivant la forme solennelle des donations ? Nous nous contentons d'appeler l'attention sur la question, n'ayant pas l'autorité nécessaire pour la résoudre. Elle est cependant, croyons-nous, plus délicate que nos auteurs ne l'ont pensé. Nous admettons dans tous les cas que la mise en société n'exige pas la forme notariée. La théorie de l'accessoire

Digitized by Google

reprend en pareil cas son empire, comme pour les donations qui sont les conditions de contrats à titre onéreux.

Disons enfin en terminant quelques mots sur la méthode générale de nos auteurs. Nous croyons qu'on ne saurait mieux la caractériser qu'en disant qu'elle s'inspire à peu près constamment de celle de MM. Aubry et Rau, dans leur grand ouvrage de Droit civil. Les règles générales et les solutions de principe sont formulées au texte, sans indication d'autorités et avec une brièveté qui confine parfois à la sécheresse. Les arguments est sentiels sont les seuls qui soient mentionnés ; les considérations non décisives et prêtant à une réfutation critique sont laissées de côté. Les notes très nombreuses et très substantielles contiennent les citations d'autorités doctrinales ou jurisprudentielles et elles résument les discussions des auteurs. On y trouve également les renvois aux lois étrangères. Cette méthode est certainement irréprochable, quand elle est appliquée, dans un grand ouvrage comme celui de MM. Aubry et Rau : elle sera certainement la meilleure, quand MM. Lyon-Caen et Renault, dégagés de l'obligation où ils ont été de se borner, pourront donner à leurs savantes études les grandes proportions qu'elles méritent. Mais, pour le présent, et étant donné qu'il s'agit d'un Précis, c'est-à-dire d'un livre d'enseignement, destiné à la jeunesse des écoles, la méthode d'un texte concis, escorté de notes nombreuses, n'est peut-être pas la meilleure. Tous les maîtres savent combien il est difficile de captiver, par la parole, l'attention des élèves, dans un enseignement aussi aride que l'enseignement du droit. Ils savent que les digressions qui brisent l'exposé d'une théorie sont dangereuses. Les notes ne sont pas sans doute des digressions; elles se rattachent toutes au texte par un étroit lien; elles viennent le compléter et le développer. Mais, il est certain qu'elles donnent quelque fatigue au lecteur, qu'elles coupent son attention, et que lorsqu'il revient de la note au texte, il lui faut un moment pour se remettre dans le courant de l'exposition doctrinale des auteurs. Voilà pour nous le péril de la méthode.

Si, comme il est probable, nos auteurs font une édition pour les élèves et une pour les maîtres (et pour les praticiens qui ont besoin d'autant de renseignements que les maîtres), le péril dis-

Digitized by Google

paraîtra. On pourra réserver pour la grande édition les notes et les exclure de l'édition élémentaire [1].

Nous prions les auteurs d'excuser les observations critiques qui précèdent. Un compte-rendu ne saurait aller sans quelque reproche et ce que nous venons de leur reprocher n'est en somme que leur trop grande richesse, c'est-à-dire plutôt un excès de qualités qu'un défaut déterminé. CH. TESTOUD.

HISTOIRE DE L'ADMINISTRATION PROVINCIALE, DÉPARTEMENTALE ET COMMUNALE EN FRANCE,

Par M. Émile MONNET, attaché à la présidence du Sénat.

Compte-rendu par M. P. LOUIS-LUCAS,
Professeur agrégé à la Faculté de droit de Dijon.

« L'augmentation de l'autorité légitime dans une nation y ramène nécessairement la prospérité. » Cette phrase de Diderot, qui sert d'épigraphe à l'étude de M. Monnet, caractérise la tendance d'esprit éminemment prudente et modérée de l'auteur. Dans un livre bien écrit et d'une lecture aussi agréable qu'utile, il rappelle des faits éloquents qui contiennent de grandes et fécondes leçons, et que l'on est trop porté à oublier aujourd'hui.

Une série de neuf chapitres nous déroule l'histoire de l'administration française, d'abord sous l'ancien régime, puis de 1787 jusqu'à nos jours. Le premier chapitre expose l'origine des libertés provinciales, locales et municipales; celle de la centralisation, qui fut d'abord financière; le rôle des intendants et des assemblées provinciales. Ces assemblées ne se réunirent qu'une fois; à leur place on convoqua les États généraux (chap. II). La division en départements, sous la Constituante, des départements en districts, des districts en municipalités, avec la confusion qui s'ensuivit et en fut le premier résultat (chap. III); la désorganisation et le trouble des municipalités sous la Législative (chap. IV); les administrations départementales sous la Convention, les agents nationaux, les comités révolutionnaires, l'organisation

[1] Le *desideratum* de M. Testoud est réalisé. MM. Lyon-Caen et Renault viennent de publier récemment, sous le titre de *Manuel de Droit commercial spécialement destiné aux étudiants des Facultés de Droit*, un résumé de leur *Précis*. Ce nouvel ouvrage forme 1 vol. in-8. (*Note de l'éditeur*).

Digitized by Google

qui résulta de la constitution de l'an III (chap. V); l'administration sous le Directoire (chap. VI); le changement profond opéré dans le système suivi jusqu'alors par la constitution de l'an VIII, les avantages et la simplicité qui en ressortirent pour l'administration (chap. VII); enfin la succession des lois qui se produisirent depuis la restauration jusqu'à nos jours (chap. VIII et IX) : tel est le cadre dans lequel M. Émile Monnet a enchâssé les divers événements qui présidèrent à toutes ces évolutions.

Le but qu'il s'est proposé est d'aborder à son tour, après beaucoup d'autres, une grave question, bien des fois traitée, mais non épuisée : la conciliation des libertés locales avec l'autorité du gouvernement. C'est à l'histoire qu'il demande ses enseignements. Il décrit avec sobriété, mais sans sécheresse, et étudie avec un soin scrupuleux, dans leurs causes et dans leurs effets, les perpétuels et regrettables changements que présente notre organisation administrative à travers les étapes multiples de nos différents régimes politiques. En dépit d'une volonté bien arrêtée et nettement accusée, il était bien difficile à l'auteur de se borner à exposer toujours sans juger jamais. Aussi ne peut-il s'empêcher, en présence des vicissitudes qu'il rencontre avec des retours incessants, de les caractériser au moyen d'une constatation de fait qui s'impose : c'est que le libéralisme fournit des programmes aux hommes d'opposition, programmes qui sont pour eux des armes de combat. Mais, une fois arrivés au pouvoir, ils sont les premiers à comprendre les nécessités de l'autorité ; et la logique de les pousser alors à mettre en pratique, pour conserver le fruit de leur conquête, des maximes précisément inverses de celles qui leur ont servi à renverser leurs adversaires. C'est la loi inéluctable et comme l'ironie constante des destinées et de la fin dernière de toute politique de parti, qui, quoi que l'on fasse, est fatalement condamnée à toujours en arriver là.

Après avoir tracé un tableau attachant de l'administration française, après avoir puisé dans notre histoire politique assez de considérations et de faits pour animer ces matières un peu arides de droit administratif, M. Monnet se trouve tout naturellement amené à une dernière tentative, sur laquelle l'expérience n'a point encore prononcé, et qui consiste dans la mise en œuvre

Digitized by Google

des dispositions de la loi nouvelle du 6 avril 1884 sur l'organisation municipale. Mais ici, l'auteur, qui tient à se confiner exclusivement dans le domaine de l'histoire, s'arrête au seuil de la politique contemporaine. Aussi livre-t-il sans commentaire le texte de la loi en vigueur, dont il reproduit *in extenso* les articles à côté de ceux de la loi du 10 août 1871 sur les conseils généraux, dans un Appendice final (p. 460 et suiv.). Il se borne simplement à émettre des vœux empreints, à nos yeux, d'une grande sagesse. Il termine sa savante étude en exprimant le regret que la politique ait envahi l'administration à tous les degrés de l'échelle; en déplorant le préjudice considérable que cette funeste invasion lui a fait subir, et en émettant le vœu (platonique, craignons-nous) que l'administration reste une science de pure application. Il lui est facile de constater que des préfets qui, par leurs goûts, leurs études, leur capacité ou leurs aptitudes, soient véritablement des administrateurs, il n'en existe presque plus. D'où vient le mal? Il n'est que trop aisé de le découvrir. Les déplacements ou les remplacements, la muabilité, en un mot, s'opposent à la suite dans les vues. La stabilité est la première des conditions d'une forte administration. Et maintenant, cet idéal pourra-t-il jamais être réalisé? Oui, n'hésiterons-nous pas à répondre; et ce sera le jour où les électeurs, mieux disciplinés et plus éclairés, seront assez instruits de leurs droits et de leurs devoirs, et se montreront assez soucieux de leurs intérêts et des garanties qu'ils devraient toujours exiger de leur candidat, pour savoir discerner ceux qui aiment la liberté pour elle-même, de ceux qui se font du libéralisme un vulgaire instrument de parti et d'ambition. En attendant ce jour-là, qu'ils méditent le livre de M. Monnet; ils y apprendront au moins à n'oublier jamais en face des événements, comme l'écrit avec tant de justesse l'auteur de cet excellent ouvrage, « que les défenseurs les plus sévères de l'ordre ont toujours été les amis les plus sincères de la liberté. »

P. LOUIS-LUCAS.

L'Editeur-Gérant : F. PICHON.

Paris. — Imp. F. Pichon, 30, rue de l'Arbalète, & 24, rue Soufflot.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

JURISPRUDENCE COMMERCIALE

(Année judiciaire 1885-1886),

Par M. E. Thaller, professeur à la Faculté de droit de Lyon.

On ne relèvera pas, comme on l'a fait en tête des comptes-rendus judiciaires des précédentes années, les décisions nouvelles qui ont apporté aux thèses pratiques déjà signalées dans cette *Revue* soit un appui plus ferme, soit certaines réserves. Nous nous bornerons à mentionner, avant de pénétrer *in medias res*, deux décisions sur lesquelles nos collaborateurs avaient précédemment exprimé leur avis, raisonnant sur des espèces sinon identiques, du moins voisines.

1° La Chambre civile, par un arrêt de cassation partielle du 23 décembre 1885 (*Annales de droit commercial, français, étranger et international*, 1886-1887, 2e p., p. 5), refuse au gérant d'une commandite par actions le droit de conférer une hypothèque sur les immeubles sociaux, si le statut ou l'acte modificatif lui attribuant pareil pouvoir est consigné dans un acte sous seings privés. L'hypothèque ne peut résulter que d'une pièce en forme authentique (2127, Civ.), et quand le débiteur recourt à un représentant pour la constituer, comme c'est forcément le cas dans une société, le mandat lui-même doit être donné par devant notaire. — Cette interprétation crée une gêne considérable dans le fonctionnement des compagnies par actions, qui s'étaient pendant longtemps imaginé que la faculté de rédiger l'acte social sous signatures privées (art. 39, C. de com., art. 1er et 24, loi de 1867) emportait virtuellement celle d'armer la gérance en la même forme des attributions les plus étendues, du droit d'hypothéquer. Plusieurs jurisconsultes s'étaient prononcés en faveur de cette prédominance d'un acte non solennel, abritant comme autant d'accessoires toutes les clauses reconnues nécessaires à l'exploitation sociale : tel était notamment le sentiment

Digitized by Google

formulé ici même par M. Rataud (1882, p. 209). On voit que devant la Cour de cassation il n'a point prévalu.

2° Peut-être le lecteur se souvient-il encore d'un problème très délicat, relatif à la mise au porteur des actions libérées de moitié et aux conséquences de cette conversion, problème tranché par la Chambre civile, à la date du 29 juin 1885. Nous avons, après M. Lyon-Caen, résumé cette question dans notre *Examen doctrinal* de l'an dernier (1886, p. 274). Le souscripteur, obligé de payer à la société la seconde moitié dans les deux ans pendant lesquels sa dette est maintenue (art. 3 de la loi de 1867), peut-il se retourner contre son cessionnaire qui a acquis le titre depuis le vote de conversion? La Chambre civile lui avait absolument refusé ce recours en garantie, à quelques fins que ce fût. — C'était, croyions-nous, dépasser la juste mesure. A tout le moins le souscripteur a-t-il le bénéfice de la subrogation légale contre le détenteur actuel de l'action, tenu personnellement d'après la jurisprudence à libérer son titre, et qui, à n'en pas douter, constitue le principal débiteur de d'appel de fonds (1151-3°). Cette subrogation ne lui était pas précisément refusée, on obligeait seulement le souscripteur à se mettre de lui-même en quête du dernier porteur, et à l'assigner quand il l'aurait découvert. Là était le point vulnérable du système. M. Lyon-Caen l'avait bien montré. Le cessionnaire ne doit-il pas être réputé dernier porteur jusqu'à ce qu'il ait prouvé s'être substitué par une revente une autre personne dans la possession du titre? Le souscripteur ne doit-il pas recevoir de son ayant-cause le mot de passe qui lui permettra sur une échelle plus ou moins étendue de trouver le porteur actuel? La Cour de Paris l'a ainsi pensé : son arrêt du 12 mars 1886 (*Journ. des Soc.*, 1886, p. 455) réagit heureusement contre l'exagération d'une thèse qui semblait réserver les droits du souscripteur et les annihilait en réalité. Si la Cour de cassation doit être saisie à nouveau de l'examen de la question, nous espérons qu'elle atténuera sa doctrine primitive sur une seconde information.

Passons maintenant aux espèces comportant une plus longue analyse.

Digitized by Google

§ 1er. — SOCIÉTÉS.

1. A quel trait caractéristique se reconnaissent l'action et la société par actions? Req. 2 août 1886. *Annales de droit commercial, français, étranger et international*, 1886-1887, 2e p., p. 86.

La voici donc amenée sur le terrain des faits, cette controverse échangée autrefois ici même entre deux notabilités de l'enseignement français, MM. Beudant et Batbie (1869, p. 135, 328 et 402), reprise beaucoup plus récemment à la tribune du Sénat (30 novembre 1884), où, à l'occasion du nouveau projet de loi des sociétés, M. Bozérian défendit contre le même M. Batbie une thèse déjà contenue dans son rapport; cette controverse, devant laquelle les praticiens ont longtemps passé avec indifférence, parce qu'ils croyaient, bien à tort, à une querelle de pure scolastique. Les sociétés par actions sont, sous divers aspects, autrement traitées que les sociétés par intérêt. De là la nécessité de connaître, parmi les qualités variées que présente une action, celle qui prime les autres et constitue son essence. Toutes les sociétés n'adoptent pas franchement et de toutes pièces le type organisé par la loi. Il en est, par exemple, où les parts sont qualifiées cessibles *jure civili*, et qui semblent ainsi tenir le milieu entre les deux catégories opposées que les textes législatifs réglementent. Force est bien cependant de les classer en les rattachant à l'un ou l'autre de ces genres. Cette qualité substantielle, est-ce la responsabilité limitée, l'égalité des coupures, la négociation commerciale, la cession sous quelque forme que ce soit, la délivrance de certificats dans lesquels s'identifie le droit? Toutes ces opinions ont été soutenues, nous n'aurions garde à cette place de les reprendre.

La Chambre des requêtes pense que la cession des parts, admise par le statut en conformité de l'art. 1690 du C. civ., quoique constituant une entrave à la négociation des titres, forme le véritable caractère distinctif de l'action. Il faut ajouter que, dans l'espèce du procès, l'acte social avait donné aux associés la qualité d'*actionnaires* au milieu de son contexte. Cet arrêt est intervenu à l'occasion d'une difficulté d'ordre fiscal. Il s'agissait d'une société en commandite plaidant contre l'Enregistrement. Quelle

Digitized by Google

devait être l'assiette de la taxe de 3 0/0 sur le revenu, créée par la loi du 29 juin 1872? En optant pour la commandite par intérêts, on exemptait de l'impôt la part du capital afférente aux associés en nom ou plutôt les bénéfices de cette part (L. 1er déc. 1875); tandis que, s'il fallait se prononcer pour une commandite par actions, il y avait à percevoir la taxe sur tous les dividendes alloués aux parts, y compris celles de ces parts se trouvant aux mains des gérants responsables. L'intérêt fiscal du problème aurait pu se présenter d'ailleurs à d'autres égards.

En droit privé, voici le côté pratique de la question. Une commandite par actions doit obéir aux prescriptions réglementaires de la loi de 1867; à défaut de versement du quart, de vérification d'apports, etc., la société est nulle, et les fondateurs encourent des peines correctionnelles. Il est probable que la Cour de cassation eût accepté le même *criterium*, si le litige s'était offert à elle sous cette face.

La thèse qui a prévalu ne nous paraît pas fausse en soi. Il serait puéril de subordonner l'action à une clause de négociabilité, c'est-à-dire à un transfert sur les registres de la société, chaque fois que le titre changerait de mains. Le transfert procède en somme de la cession, telle que l'art. 1690 du Code civ. l'organise : de part et d'autre, on voit le cessionnaire se révélant au siège social, et le changement de titulaire se parfait par cette révélation. Quand on présente le transfert comme un mode de cession simplifié, on raisonne en fait d'après la rapidité des intermédiaires à accomplir leur ministère, mais l'assertion manque d'ailleurs d'exactitude.

Toutefois la doctrine de la Chambre des requêtes a dû sembler à beaucoup d'interprètes trop absolue : c'est aussi notre sentiment. Diverses décisions de tribunaux rendues dans la dernière période (notamment un jugement du tribunal de commerce de la Seine, du 4 mars 1885, *Journ. des Soc.*, 1886, 611) ont préféré faire dépendre la solution du problème de cette question préalable : avait-on ou non délivré aux sociétaires des titres représentant et chiffrant leurs droits? C'était pécher par l'extrême contraire. Mais, en combinant les deux notions, on est tout à fait dans le vrai. Dans une société par intérêts, dans une commandite

Digitized by Google

simple, on stipule assez fréquemment la continuation de l'entreprise après la mort d'un associé, avec les héritiers : cette modalité n'altère nullement la nature de l'association (arg. 1868, C. civ.). Pourquoi, dans ces conditions, ne pourrait-on pas d'avance régler la transmission des parts entre vifs comme on la règle *mortis causa*, et reconnaître aux membres le droit de se substituer un cessionnaire, sans l'adhésion de leurs co-associés? Pourquoi cette clause, à elle seule, ferait-elle passer la société d'une classe dans l'autre? Sitôt des certificats émis, le problème prend un autre caractère. A défaut de titre individualisant la part, l'associé ne trouvera pas aisément preneur : ce n'est pas sur le vu du double de l'acte de société se trouvant en sa possession, qu'un acheteur se décidera à traiter avec lui; car cette pièce, de lecture longue et embarrassante, ne constituera pas encore une preuve catégorique du droit dont l'associé se dit investi, à plus forte raison du montant pécuniaire de ce droit. L'action est une sorte de monnaie de papier : peu importe, d'après nous, la manière dont ce papier est appelé à circuler, mais encore faut-il que le papier existe, de même qu'il n'y a point d'effet de commerce sans titre, et que la valeur, se matérialisant en quelque sorte dans un signe tangible, ait pris la forme dont nulle marchandise n'est exempte. L'impôt du timbre, dont les certificats sont frappés, vient confirmer cette appréciation : on ne se représente guère une société par actions fonctionnant sans que le Trésor eût perçu le timbre.

Allons au fond des choses : les deux doctrines opposées, si dissemblables en apparence, sont pourtant bien près de s'entendre. Créer des certificats sans que les parts soient en même temps reconnues cessibles, c'est pour une société commettre presque un non-sens : on ne voit pas à quoi ces certificats pourraient bien servir, du moment que défense est intimée aux porteurs d'en faire trafic. D'un autre côté, si le droit comporte cession aux termes des statuts, il est fort probable que les rédacteurs de l'acte de société se préoccuperont de rendre cette faculté effective par une émission de titres. Dans le cas exceptionnel où ils agiraient autrement, leur pensée a été d'exclure ces parts cessibles du courant régulier de la circulation, et l'on peut alors, sans aucun péril, maintenir la société — nous parlons d'une commandite —

Digitized by Google

sous le régime de liberté relative que connaissent les sociétés par intérêts.

2. Si le siège social peut, intervenant à une négociation d'action nominative, décharger le cédant du non-versé. Paris 19 novembre 1885. *J. des Soc.* 86, 466.

Il est certain que depuis les lois réglementaires des sociétés par actions, dont la première remonte à 1856, le souscripteur reste tenu envers la société du montant de l'action jusqu'à parfaite libération. Le fait d'aliéner son titre et de se substituer un acquéreur ne saurait l'affranchir de cette dette : cette cession lui donne seulement le droit éventuel de se faire rembourser, par son cessionnaire, le complément, pour le cas où la société le mettrait lui-même en demeure de l'acquitter.

Cette situation est dure : le projet dont nos Chambres sont saisies y apporte un sérieux adoucissement, en spécifiant que deux années après le transfert le cédant cesserait d'être responsable (art. 6). Mais, dans l'état actuel de la législation, il n'est pas possible de révoquer en doute la sévérité du principe. Une seule exception apparaît dans la loi de 1867, et cette exception ne passe point pour avoir été le fruit d'une heureuse inspiration : d'après l'art. 3, la résolution de l'assemblée générale, qui décrète la mise au porteur après versement de la moitié du capital, peut décharger les actionnaires du reliquat, ou, pour rendre la disposition telle que la magistrature la comprend, décider que les négociations ultérieures des actions libéreront les cédants. Encore faut-il que ce vote d'assemblée ait été d'avance prévu et autorisé aux statuts, et la délibération ne saurait produire immédiatement effet au profit de ceux qui l'ont prise.

Voilà, semble-t-il, la preuve évidente que le souscripteur est impuissant à s'exonérer du non-versé pour l'avenir, même en aliénant ses titres, même en obtenant du siège de la société quittance pour le complément. La Cour de Paris s'est prononcée de la sorte : « Aux termes des art. 3 et 24 de la loi de 1867, les souscripteurs d'actions sont responsables du montant des actions, même lorsqu'ils les ont aliénées, sauf dans les cas prévus par la loi. Il n'appartient pas aux administrateurs de les décharger de

Digitized by Google

leurs obligations à cet égard, ni de consentir une novation, en acceptant pour seuls débiteurs les acquéreurs desdites actions. »

Un regard jeté sur les diverses évolutions du droit des sociétés, depuis la promulgation du Code de commerce, paraît bien fortifier encore cette appréciation. Avant 1856, dans le silence des textes, une jurisprudence beaucoup trop bienveillante admettait que la cession du titre libérait le souscripteur. Elle partait de l'idée, reconnue fausse plus tard, que la société, par la division même du capital en actions transférables, avait consenti en se fondant à la substitution de l'acquéreur dans la dette du cédant : novation par changement de débiteur reconnue par anticipation. Les souscripteurs ne manquaient pas, dans ces conditions, aux approches d'une faillite, de faire inscrire leurs certificats au nom d'hommes de paille, dépourvus de toute solvabilité, contre lesquels les poursuites demeuraient sans résultat. C'est pour mettre un terme à cet abus criant, que fut inséré dans la loi du 17 juillet 1856 sur la commandite l'art. 2 : *nonobstant toute stipulation contraire*, les souscripteurs seront tenus du paiement intégral du montant de leurs actions. La loi du 23 mai 1863 sur les sociétés à responsabilité limitée s'appropria la même formule. Elle n'a pas été reproduite dans le texte de la loi de 1867, mais cet oubli ne fait point tort à l'interprétation ; il faut lire la loi tout comme si la règle y était formellement insérée : l'ensemble de la discussion, le contenu de l'art. 3 qui ne devient compréhensible qu'à la condition de se baser sur le principe de la permanence de la dette des souscripteurs, tout enfin démontre que l'innovation de 1856 a été conservée. Cela étant, comment justifier une opération novatoire tendant à réaliser une conséquence dont la loi ne veut pas? Le souscripteur, en tant que débiteur de la fraction du capital qui lui incombe, est immobilisé dans l'entreprise : coûte que coûte, il faut que son obligation reste acquise à la société.

Nous avons sur l'exactitude de cette thèse des doutes sérieux. La perspective, pour un actionnaire, d'être rivé à sa chaîne, comme un serf à la glèbe, sans pouvoir rien faire pour recouvrer sa liberté et dégager son épargne, n'est pas de nature à encourager l'esprit d'association. Une opinion qui voit dans le sous-

Digitized by Google

cripteur le prisonnier à perpétuité de son titre (bienheureux les héritiers s'ils n'ont pas après lui à succéder à son attache), a quelque chose de tellement dur, de si peu conforme à l'esprit contemporain du commerce, qu'on ne doit l'admettre qu'à toute extrémité et s'il est clairement démontré que la loi la proclame. Il y a des sociétés qui n'appellent la seconde moitié, le dernier quart de leur capital, qu'après trente ou cinquante ans. Au delà de ce délai, la prospérité continue de l'entreprise permet d'espérer que les ressources encaissées suffiront à faire face à toutes les éventualités ! Mais on n'en est jamais bien sûr ; une catastrophe est toujours possible, et d'ailleurs qui sait si c'est le mauvais état des affaires qui déterminera l'appel du supplément ? L'agrandissement des opérations engagées, un renouvellement d'outillage amèneront la société à demander le versement de ce qui reste. Le souscripteur, en ce cas, se trouve bien en face d'une entreprise solide ! Soit ; mais il ne faut pas oublier que les actions ont cessé d'être sur sa tête, qu'on ne lui sert plus son dividende, que, payant 125 ou 250 francs, il paie en définitive la dette d'un autre, celle de son cessionnaire, qu'il lui faudra rechercher ce cessionnaire, un personnage disparu, un failli peut-être. En équité, ses intérêts comportent des égards, et, s'il a pris ses dispositions en vendant ses actions pour nover sa dette et présenter son acquéreur en ses lieu et place, tous les critiques de bonne foi diront que la justice est de son côté.

Mais la justice n'est pas toujours la loi. Voyons donc si la loi résiste effectivement à son exonération. C'est un avantage évident pour une société que la circulation de ses actions non libérées : elle y tronve, en dehors de la constatation de son crédit, une garantie de rentrées pour le non-versé. Car, plus s'étendra l'échelle des acquéreurs, plus elle aura de personnes responsables et de codébiteurs au moment voulu. Cela n'est pas contestable. Mais elle ne saurait, lors de sa constitution, faire fond sur une pareille éventualité. Les négociations fréquentes et réitérées des titres forment tout au plus pour elle une espérance d'avenir. Il se peut que les souscripteurs gardent leurs certificats au lieu de les transmettre à d'autres. Le seul droit acquis à la société de par les statuts et les souscriptions, c'est la certitude

Digitized by Google

d'avoir devant elle, à l'époque des appels de fonds, *une* personne à poursuivre pour chaque action. Lorsque les combinaisons employées respectent ce droit fondamental, on ne voit pas qu'il y ait lieu de protester contre leur irrégularité. Ah! si, les souscriptions à peine closes, on se livrait à une enquête attentive sur la solvabilité des actionnaires, si les assemblées constitutives avaient pour mission de vérifier les conditions personnelles de crédit de chacun, et d'éliminer ceux qui n'offriraient aucune garantie, on s'expliquerait une thèse disant : Le souscripteur demeurera tenu à tout événement du non-versé. Mais la loi n'est pas ainsi faite : les fondateurs ne choisissent pas les souscripteurs, ils donnent acte à ceux qui se présentent, et, pourvu que ceux-ci versent leur premier quart, ils entreront dans le cercle des participants. Il est impossible de considérer la société comme fondée en considération des membres qui la composent; c'est là le propre des compagnies par actions, elles naissent par un concours souvent fortuit d'adhérents auxquels on ne demande aucune attestation de fortune, d'intelligence ou autre. L'engagement pris sur le bulletin de souscription vaut présomption que cet engagement sera tenu. Il faut donc débarrasser son esprit de cette illusion certaine, que les premiers souscripteurs seraient recrutés à bon escient et en connaissance de cause, et que la société aurait intérêt à retenir indéfiniment la promesse individuelle du souscripteur, celle-là et non une autre.

Ce point précisé, nous en revenons à ce que nous avons dit plus haut. S'il suffit, pour que la loi demeure respectée, que le siège social puisse réclamer le non-versé à une personne, le motif d'invalider une substitution de débiteur consentie par la société elle-même au cours de son fonctionnement nous échappe entièrement.

Le souscripteur était maître de ne pas vendre, il déclare au siège social qu'il ne vendra que moyennant l'assurance de ne plus être désormais inquiété : on fait droit à son désir, on lui promet que les poursuites, si elles deviennent nécessaires, se concentreront exclusivement sur son acquéreur. Un débiteur s'en va, un autre prend sa place, l'intérêt social n'est pas desservi, les garanties de rentrées du capital ne s'amoindrissent

Digitized by Google

pas, elles changent seulement de sujet. L'acquéreur aurait pu se présenter aux souscriptions primitives, la société n'aurait point connu le cédant : cela ne l'eût pas empêchée de se former légalement.

Hâtons-nous d'ajouter que l'opération est de nature à masquer une manœuvre. Le souscripteur voit venir la faillite, il se substitue un compère sans surface : tel est l'inconvénient grave auquel les lois réglementaires ont voulu obvier. Avec un peu d'attention, on s'aperçoit que le danger est plus imaginaire que réel. La novation a été soumise au discernement du conseil d'administration : s'il a accepté à la légère le changement de débiteur, et, à plus forte raison, s'il a prêté la main à un dessein inavoué, sa responsabilité est encourue. C'est avec raison que la société imputera à faute aux administrateurs d'avoir consenti à la novation sans s'être assurés au préalable de la solvabilité du cessionnaire. Par où l'on voit que la créance de la société contre l'actionnaire est après l'opération plutôt consolidée. Car l'appel de fonds ne concernait que le souscripteur, si les choses s'étaient maintenues dans leur état primitif, tandis que le transfert ratifié par le conseil d'administration procure au siège social, en sus de son droit de poursuite contre l'acquéreur, un recours subsidiaire contre le personnel dirigeant, au cas où l'acquéreur n'offrait pas les garanties d'un répondant sérieux.

En résumé, la *stipulation contraire* à laquelle il est fait allusion dans les lois de 1856 et de 1863, qui est impuissante à affranchir le souscripteur du non versé, c'est, d'après nous, la clause de l'acte de société qui autoriserait l'actionnaire à se décharger de sa dette par la seule négociation et sans le concours des organes de la société. La novation ainsi comprise présente un danger considérable qu'il fallait absolument conjurer. Mais il n'est point question, dans ces lois et dans celle de 1867 qui a suivi les mêmes errements, d'une remise consentie par les administrateurs, la cession une fois accomplie et l'acheteur connu. Nous nous écartons du système adopté par la Cour de Paris, sans aller cependant jusqu'à prétendre que le seul fait par les administrateurs d'agréer le cessionnaire soit l'équivalent d'une décharge expresse accordée au cédant.

Digitized by Google

3. Du caractère des parts de fondateurs dans les sociétés par actions. Paris 14 janvier 1886. *J. d. Soc.* 1886, p. 566.

Nous avons eu l'occasion déjà, il y a quelques années, dans cette *Revue*, de traiter des parts de fondateurs (1881, p. 533). Nous les considérions comme de véritables parts sociales conférant à ceux qui les détiennent le titre d'associés. Cette même opinion a été défendue depuis par M. Bousquet, dans un article paru au *Journal des Sociétés*, 1885, p. 746 et s. Mais la jurisprudence penche vers une interprétation assimilant le porteur de part à un créancier. De là vient qu'un arrêt de Paris, pour ne citer que les documents rentrant dans la période de ce compte-rendu, a posé le principe qu'une société qui a créé, par ses statuts, des parts de fondateurs, ne saurait mettre à néant, par une dissolution arbitraire, les avantages constitués au profit des porteurs.

Pour bien comprendre la difficulté de cette matière, il faut avoir présentes à l'esprit deux particularités, l'une de fait, l'autre de droit. Au lieu de rétribuer les services rendus par les fondateurs à la société lors de sa constitution au moyen d'actions de jouissance, comme cela s'est fait pendant longtemps, on préfère aujourd'hui créer à leur intention des titres négociables autrement qualifiés; les titres se fractionnent sur le marché : on achète des parts entières, des moitiés, des dixièmes de parts. Le porteur s'interdit toute immixtion dans la marche des affaires de la société, il n'a pas droit d'entrée aux assemblées, on lui promet un tantième sur les bénéfices nets, après que les actionnaires auront touché leur 5 0/0 : l'excédent donne lieu au prélèvement du quart, de la moitié, que les fondateurs se partagent à proportion de leurs droits.

D'un autre côté, il ne faut pas perdre de vue la différence essentielle de situation qui sépare l'associé du créancier. Les droits de l'associé ne sont, pour ainsi parler, que l'expression fractionnée du droit social lui-même : ce droit est réglé par les assemblées générales délibérant aux conditions de majorité légales. Il appartient à l'assemblée de décréter un versement des bénéfices à la réserve, un déplacement d'échéances de coupons, la liquidation de la société avant l'arrivée du terme. L'associé

Digitized by Google

s'incline devant ces mesures et en subit personnellement les conséquences. Rien de pareil pour un créancier, dont le titre s'impose au respect de la société, absolument impuissante par sa volonté unilatérale à en amoindrir les effets. On voit, d'après ce seul aperçu, qu'il est fort intéressant de prendre parti sur la condition juridique de cet intéressé, qui paraît tenir à la fois de deux ayant-droit s'excluant mutuellement.

Nous persistons, après mûre réflexion, à voir dans le porteur de part un membre de la société. Il a fait un apport d'industrie, apport non successif sans doute, mais initial; il est partie prenante aux bénéfices. Il n'en faut pas davantage. S'il ne participe pas aux délibérations, s'il doit laisser les actionnaires se payer 5 0/0 avant de pouvoir prétendre annuellement à son dividende, cette situation lui est commune avec beaucoup de personnes chez qui le titre d'associés n'est point contesté. Le droit d'entrer aux assemblées est généralement subordonné à la détention d'un nombre minimum d'actions; en cas d'actions privilégiées, les porteurs des anciens titres ne peuvent venir à distribution que dans un solde de bénéfices. On objectera que le fondateur n'a aucun droit sur le capital social, et ne peut, en cas de liquidation, prétendre à la formation de son lot. Mais telle est précisément la condition d'un associé, détenteur d'actions industrielles; la définition de la société que donne l'art. 1832, C. civ., n'implique pas le concours nécessaire de tous les membres au partage du capital. Nous ne croyons même pas que ce droit diffère réellement et au fond des choses de l'*action*. Tout titre social négociable mérite d'être ainsi qualifié. Si l'on nous oppose l'art. 34, C. comm., sur l'égalité des coupures, nous répondrons que cette disposition n'a aucune sanction, et que la société qui répartit inégalement son capital de manière à le représenter par des certificats circulants d'un chiffre nominal différent, n'en est pas moins une société d'actionnaires régulièrement formée.

Au demeurant, il est permis de se demander si cette importante question de principe était de nature à influer sensiblement sur la solution du litige que nous relevons. Le statut confère au fondateur un droit acquis sur les bénéfices pendant la période assignée à la durée de la société. Si la société vient à se dis-

Digitized by Google

soudre par anticipation, après dix ans, par exemple, au lieu de vingt, ne convient-il pas de faire un travail de rectification permettant au fondateur de s'indemniser sur le produit de la liquidation des dividendes à venir qui formaient sa légitime attente? On discute à l'Ecole et dans les livres une hypothèse qui se rapproche de la nôtre, bien qu'elle en soit, pour ainsi dire, le contre-pied. L'apporteur en industrie, qui se trouve, par le fait d'une dissolution prématurée, n'avoir mis au service de l'entreprise que la moitié ou le quart du travail promis, ne doit-il pas subir une réduction proportionnelle dans le partage du fonds social? On incline généralement à le penser. Dès lors, la situasion inverse commande, semble-t-il, l'application de la même méthode compensatoire, parce que l'équité et l'intention sous-entendue dans le pacte social veulent qu'elle soit suivie. La question théorique se traduit par des résultats autrement graves, lorsqu'il s'agit de savoir à partir de quel moment et sous quelles conditions les parts de fondateurs peuvent donner matière au trafic de la Bourse. Nous n'avons pas à discuter ce problème ici. Qu'il nous suffise de dire que la jurisprudence paraît manifester à l'égard des transactions dont ces parts sont l'objet, une complaisance extrême, difficile à concilier avec la doctrine d'ensemble exposée ci-dessus.

§ 2. — FAILLITES.

4. Si le syndic de faillite a qualité pour exercer l'action paulienne contre un acte frauduleux du failli antérieur à la période suspecte, et si les paiements et hypothèques consentis à un créancier peuvent être considérés comme des actes révocables. Bordeaux, 14 avril 1886; *J. des faill.*, 1887, p. 34.

La décision que mentionne le titre, intervenue dans une espèce assez compliquée, car le failli avait exercé les affaires sous plusieurs raisons de commerce successives, et les actes critiqués de son chef se rapportaient à la liquidation d'une société dont il avait autrefois fait partie, — cette décision éclaire et met en relief les rapports de l'action paulienne avec le régime de la faillite.

De ce que la date d'une opération préjudiciable à la masse remonte à une époque antérieure au temps suspect, dont s'oc-

Digitized by Google

cupent les art. 446 et 447, C. de com., il ne suit pas nécessairement que cette opération soit régulière et inattaquable. Les créanciers seront recevables à la faire tomber, mais à la condition d'établir les justifications requises par l'action paulienne (1167, C. civ.). Dans le cas où il n'existerait plus dans la masse de créanciers contemporains de l'acte incriminé, il va de soi que la révocation deviendrait impossible, car il faut, avant toutes choses, que l'opération dont se plaint une personne lui ait fait grief. Mais il se peut, il arrive même le plus ordinairement, que les droits des créanciers datent d'une époque antérieure, qu'un certain nombre d'entre eux tout au moins aient fait crédit au négociant précédemment.

Rentre-t-il dans les attributions du syndic de poursuivre le tiers complice au compte de la liquidation? La Cour de Bordeaux répond affirmativement, sans s'attarder à examiner si dans la même circonstance, et à défaut du syndic, chaque créancier pourrait agir à ses risques et périls. Cette solution, pour nous, est excellente, et nous la compléterions en refusant aux membres de la masse le droit d'agir individuellement, si le syndic s'abstenait. Toutes les voies d'exécution, dont il appartenait à l'initiative de chacun de faire usage avant le jugement déclaratif, sont suspendues et demeurent enchaînées par le fait de la faillite : l'action paulienne est un procédé de rentrées par voie de contrainte comparable à une saisie quelconque et qui doit suivre le sort commun. De libres et d'indépendants qu'ils étaient, les créanciers se trouvent réunis en syndicat, mis dans l'impossibilité d'agir chacun à part des autres. Si les nullités des art. 446 et 447 ne peuvent être invoquées que par le syndic, c'est une simple application de cette règle générale : on s'accorde à voir dans les nullités susdites des émanations de la paulienne, et il convient de part et d'autre de régler d'une manière conforme la qualité du demandeur.

Mais le syndic est le représentant de la masse entière, et peut-être un certain nombre de créanciers ne sont-ils entrés en relations avec le failli que depuis l'opération attaquée! Cette objection ne nous paraît pas très sérieuse. Il est de principe dans la faillite qu'un droit acquis à un créancier chirographaire s'étend

Digitized by Google

à tous les autres : l'art. 2093 du Code civil ne dit-il pas que les biens du débiteur forment le gage commun de ses créanciers et que le prix doit en être distribué par contribution? Il est vrai que, en droit civil et sous un régime de déconfiture, les auteurs ont peine à s'entendre sur les effets de la paulienne; une doctrine assez accréditée veut que les créanciers postérieurs à l'acte frauduleux soient sans droit pour profiter de la révocation prononcée par justice. Quelques-uns prétendent même que les créanciers antérieurs, non parties à l'instance, doivent également être exclus de toute participation au produit de la condamnation. Nous n'avons nul besoin ici de scruter la valeur de ces théories. Au civil, chaque créancier demeure isolé des autres, les effets relatifs de la chose jugée, définis par l'art. 1351, peuvent, dans un cas donné, paralyser l'application de l'égalité des ayant-droit devant le gage, et mettre un plaideur en situation de tirer seul partie d'une condamnation. Au commerce, le syndic est l'organe de la collectivité, et si la cause de la révocation existe pour un groupe de créanciers, il faut, à moins de violer la charte fondamentale de la faillite, en étendre le bénéfice à tous.

Dans l'espèce du procès de Bordeaux, c'est contre des paiements faits ou des garanties constituées par le négociant à un de ses créanciers, que le syndic dirigeait les poursuites. L'insolvabilité du débiteur, et la connaissance par la contre-partie de cette insolvabilité paraissaient établies au moment de ces actes : le syndic n'en a pas moins été éconduit. Cela devait être. Les opérations par lesquelles un débiteur améliore la condition d'un de ses créanciers, au détriment des autres, échappent de leur nature même à l'action paulienne. Aucun texte du Code civil n'exprime pareille réserve; mais telle est la tradition romaine, telle est aussi l'opinion des commentateurs, notamment de M. Demolombe (*Traité des contrats*, II, n° 225 et s.).

C'est qu'aussi les actes en question ne peuvent être mis au compte de la fraude : le créancier a cherché à rentrer dans son argent, *nihil dolo facit creditor qui suum recipit*. La différence de l'action paulienne et des nullités de faillite apparaît ici dans tout son jour. Si la convention avait eu lieu depuis la cessation des paiements ou même dans les dix jours précédents, le tiers en

Digitized by Google

aurait subi l'annulation dans les termes des art. 446 et 447. Mais la loi n'a soumis les paiements privilégiés de créanciers à cette fragilité qu'autant qu'ils prendraient date en temps suspect. Accomplis antérieurement, ils rentrent dans le droit commun et, quoique rompant l'égalité des créanciers, doivent jouir de la même stabilité qu'en droit civil. Sans doute l'art. 597 frappe d'une manière générale tout traité particulier duquel résulterait en faveur d'un créancier un avantage à la charge du failli. Mais quelque largeur d'interprétation qu'on veuille donner à ce texte, il est impossible de considérer comme *failli*, un négociant même insolvable dont les paiements sont encore en cours.

La Cour eût néanmoins admis la prétention syndicale si le créancier et le débiteur avaient, de collusion, usé de dissimulation ou de manœuvres, dans le but de tromper les tiers ou de frauder les droits de la masse. L'art. 1382 justifiait effectivement en ce cas une action en réparation, indépendante à la rigueur de l'art. 1167.

5. De la validité d'un gage ou d'une hypothèque promis par le débiteur avant, mais livré ou constituée pendant la période suspecte. Civ. rej. 20 janv. 1886, *Annales de droit commercial français, étranger et international*. Paris, 7 juillet 1886, *J. des faill.*, 1886, p. 418.

Nous réunissons, afin de les placer en regard, deux décisions entre lesquelles il existe une assez grande analogie d'espèces, mais où les principes engagés ont déterminé une divergence de solutions digne d'être approuvée.

Le négociant, quelque temps avant de suspendre ses paiements, fait un emprunt, le créancier subordonne le prêt à la concession d'une garantie, gage ou hypothèque. Si toutes les formalités nécessaires pour la constitution réelle de la sûreté au regard des tiers, étaient de suite accomplies, il n'y aurait point de discussion : ces opérations (convention de gage avec livraison, acte hypothécaire authentique) faites et achevées avant l'ouverture de la période suspecte, tiendraient à tout événement vis-à-vis de la masse de la faillite. Mais supposons que la régularisation des garanties, commencée seulement, ne se termine qu'après l'entrée du débiteur dans la phase dont s'occupent les art. 446 et 447; et, pour préciser davantage les faits soumis à la justice,

Digitized by Google

1° que le gage, valablement constitué, soit mis en possession du créancier postérieurement à cette date [1], 2° que l'hypothèque ait été primitivement l'objet d'une promesse par acte sous seing privé, et que l'acte authentique ait été dressé en temps suspect. Il devient intéressant de rechercher si la sûreté donnée doit être, à la requête du syndic, annulée ou non.

Dans les deux affaires, la masse s'appuyait, pour obtenir la nullité, sur le dernier alinéa de l'art. 448 : toute hypothèque conventionnelle et tout droit de nantissement constitués pour dette antérieurement contractée, sont nuls de droit, s'ils sont compris dans la période du report de faillite ou même dans les dix jours précédents.

A l'égard du gage, la Cour de cassation a refusé de souscrire à cette argumentation. Il s'agit en effet dans l'art. 446 d'une sûreté que le créancier se fait donner par une convention nouvelle, sa créance déjà formée, après qu'il a consenti à suivre la foi du débiteur. L'opération devient équivoque, parce que cette amélioration du sort d'un créancier, originairement chirographaire, se ramène à une véritable libéralité. Tel n'est pas le cas ici : dès l'entrée en rapport des deux parties, l'une d'elles a stipulé de l'autre un nantissement, et s'est, par un acte régulier, procuré une action tendant à le constituer. La constitution, la livraison dans l'espèce, n'est intervenue sans doute qu'en temps suspect; mais comment faire grief au créancier d'avoir réclamé ce qui lui était dû, au débiteur d'avoir abandonné ce qu'il devait? Le gage, par cela même qu'il prend ses racines dans un patrimoine encore *in bonis*, échappe à la critique. Il est vrai que livrer un gage dans ces conditions, c'est, en prenant les mots dans leur sens technique, faire un paiement, et que les paiements tombent sous le coup de l'art. 447. Mais il fallait démontrer alors, ce qu'on s'abstenait de faire, que le créancier savait la cessation des

[1] Dans l'affaire portée en cassation, on était en présence d'un nantissement donné non sur meuble corporel, mais sur créance : de là la question de savoir si la remise du titre de créance au gagiste, en conformité de l'art. 2076, s'imposait comme condition de validité du nantissement. La Cour a admis, implicitement tout au moins, l'affirmative. On trouvera dans la note publiée par M. Lyon-Caen, au *Journ. du Palais*, 1886, p. 732 et s., des développements très intéressants sur la matière.

Digitized by Google

paiements au moment de sa prise de possession. Par cette analyse se trouve immédiatement écartée une objection à laquelle le syndic paraissait attacher beaucoup d'importance.

Le commerçant va donc tromper ses créanciers, en leur laissant croire que ses biens continuent à répondre de son passif et il attendra, pour révéler extérieurement l'impignoration, que la période suspecte ait commencé : il est aisé de répondre que, si les faits établissent la complicité du créancier dans cette politique de dissimulation, l'art. 447 suffira à protéger la masse.

Nous laissons à l'écart un argument d'analogie qui n'a pas convaincu davantage la Cour régulatrice. Pourquoi ne pas s'inspirer des règles de faillite ayant trait à l'hypothèque? Si le créancier attend plus de quinze jours pour prendre inscription depuis l'acte constitutif, cette inscription, datant de la période suspecte, pourra être annulée en vertu de l'art. 448, al. 2. De même, semble-t-il, d'un créancier qui tarde plus de quinzaine à exiger la manifestation du gage stipulé. Des déchéances de cette nature ne peuvent être étendues d'un cas à un autre par voie d'interprétation.

A l'égard de l'hypothèque, la Cour de Paris a statué dans un sens opposé. C'est qu'aussi la situation se présentait sous un tout autre aspect. L'acte sous signature privée, par lequel le débiteur s'était, en empruntant, engagé à donner hypothèque, ne pouvait former un lien civil et obligatoire. D'après l'art. 2127, l'hypothèque ne peut être consentie que par acte devant notaire. Vu l'importance de l'acte, la loi veut que le constituant ne grève son immeuble qu'en présence d'un officier public. Dès lors, le négociant avait toute liberté, en temps suspect, de ne pas exécuter la promesse qu'il avait faite. L'hypothèque ne devait pas être autrement traitée que si le débiteur l'avait spontanément et gracieusement concédée.

Voilà du moins comment nous aurions apprécié les faits. La vérité nous oblige à dire que les auteurs et les arrêts reconnaissent à la promesse d'hypothéquer, même sous seing privé, la vertu d'une obligation de faire dont le créancier serait recevable à exiger la réalisation (Pont, *Priv. et hyp.*, II, n° 658; Laurent, *Droit civil*, XXX, n°s 453 et s.). Il ne nous appartient

Digitized by Google

pas de vérifier l'exactitude de cette thèse qui, à première vue, nous semble très discutable. En admettant sa justesse, la solution de la Cour de Paris devient fortement sujette à caution. Il est impossible de voir en quoi l'espèce diffère, dans ses éléments substantiels, de celle que la Cour de cassation avait résolue quelques mois auparavant en faveur du gagiste. L'hypothèque ne devait pas être annulée, d'après l'art. 446 tout au moins.

6. Si le syndic de la faillite d'une société par actions est recevable à faire des appels de fonds sans justifier préalablement des besoins de la faillite et doit agir de la même manière contre tous les actionnaires. Paris (deux arrêts de la 3e chambre), 11 juin 1886, *J. d. Soc.*, 1887, 25 et 37; Civ. cass. 20 oct. 1886, *Ibid.* 1887, 1.

Nous nous sommes déjà occupé de cette question dans un *Examen doctrinal* antérieur (1885, p. 294). Nous demandons la permission d'y revenir, car le problème présente un aspect double, et nous ne l'avions étudié que sous une seule de ses faces. La réflexion d'ailleurs a imprimé à nos idées une nouvelle direction, et il nous paraît aujourd'hui possible de limiter les pouvoirs du syndic, de défendre la seule solution recommandée par les véritables intérêts du marché, sans transgresser la loi des faillites, à laquelle un simple sentiment d'équité ne permettrait point de déroger, cela va sans dire.

Toutes les décisions rendues dans la dernière période s'accordent à approuver le syndic qui, au lendemain de l'ouverture de la liquidation, réclame le non-versé, avant même que la nécessité de l'encaisser pour faire face au paiement du passif ne soit établie. Le syndic est recevable à demander tout le complément, sauf à restituer plus tard ce dont il n'aura point besoin : il peut s'attaquer à certains actionnaires, ne point inquiéter les autres, faire pencher la balance du côté qu'il lui plaît, sans qu'on ait présentement le droit de protester contre cette attitude partiale : les porteurs lésés n'ont pour toute ressource que de recourir devant le juge-commissaire (466), ou, lors de la reddition des comptes du syndic, de lui demander raison de sa conduite. Un seul arrêt, à notre connaissance, avait cherché à réagir contre cette interprétation rigoureuse de la loi : celui de Paris, en date

Digitized by Google

du 7 août 1884, et voici que la Cour de cassation vient, au 20 octobre 1886; de l'annuler en accueillant le pourvoi dont il avait été l'objet.

Il se peut que les premières apparences du droit soient du côté de la jurisprudence : le syndic est mis aux lieu et place de la société elle-même, et la société restée au-dessus de ses affaires aurait pu effectuer les appels de fonds sans les appuyer d'aucune justification autre que l'expression de sa volonté : peut-être même aurait-elle été libre de faire un choix parmi les porteurs et de s'en prendre aux uns, tout en laissant les autres en dehors de ses poursuites. Cette seconde assertion laisse subsister un doute dans l'esprit : la première du moins est exacte, et la substitution juridique du syndic aux organes de la société semble entraîner, conséquence fatale, la faculté pour lui de faire les appels sur les titres comme il l'entend.

Donc, voici le spectacle dont nous allons être témoins : des capitaux considérables, mis brusquement en demeure de se livrer, vont pendant plusieurs années être distraits du mouvement de la production, auquel ils apporteraient cependant un concours utile, et consignés dans une caisse d'Etat. Il paraît que la dette flottante n'est pas encore alimentée par suffisamment de sources, et qu'il convient de multiplier les circonstances d'appropriation par le fisc de l'argent des particuliers. La liquidation close, on s'apercevra qu'on n'avait nul besoin de cette imposante réserve, demeurée stérile ou peu s'en faut, on rendra généreusement aux actionnaires leurs versements reconnus sans emploi, et le syndic, l'auteur de cette magnifique combinaison, trouvera le moyen de se faire voter encore par surcroît les félicitations de l'assemblée !

Il y a des cas où notre magistrature ne se préoccupe pas assez, avant d'émettre une thèse de droit, de savoir ce que commande l'intérêt général du commerce et des affaires. Plusieurs procès issus des événements financiers de la dernière période montreraient au besoin qu'on a cédé à des arguments de droit pur, en se désintéressant du résultat pratique : méthode dangereuse, car le droit vit et se meut dans le monde des faits contingents, ce sont les faits qui à l'origine ont créé les institutions, et ils en ont

Digitized by Google

aussi d'avance circonscrit la portée dans la mesure du raisonnable et de l'utile.

L'erreur, si elle a été commise, comme nous le pensons, provient d'une assimilation fausse de la créance de la société en versement de son capital avec les autres créances dont elle dispose contre ses débiteurs divers. L'entreprise a des recouvrements à exercer sur des acheteurs, sur des correspondants ; elle tombe en faillite, le syndic poursuivra en toute liberté ces personnes redevables de sommes plus ou moins fortes : cela est bien certain. Le droit au versement du complément des actions n'a pas le même caractère : nous voulons bien, puisque la loi le dit (1845, C. civ.), que l'associé soit *débiteur* envers la société de tout ce qu'il a promis d'y apporter. Mais sa dette ne ressemble pas à une dette quelconque. Quand on examine le côté actif de l'action, on dit que l'actionnaire n'est pas, à proprement parler, créancier de la société dont il est membre; dans la liquidation il ne peut produire que subsidiairement, au cas où il resterait un excédent disponible. En intervertissant les termes du problème, il faut voir aussi en lui un débiteur *sui generis*, et un débiteur qui ne versera son complément que si le capital réalisé est insuffisant à couvrir le passif. Les dettes véritables de la société impliquent deux êtres en regard : la maison et une personne du dehors. Dans le règlement du non-versé, le procès est intérieur, il s'agit d'associés se rappelant mutuellement à l'observation du pacte social. Dans la réalité des choses, on ne fait pas rentrer par l'appel de fonds un élément de l'actif, on reconnaît au contraire l'actif insuffisant pour la fin qu'on se propose et on demande à l'élargir. Quand une société se fonde au capital de 20 millions et se contente du versement du premier quart, le capital est effectivement de 5 millions et les actions sont de 125 fr. L'entreprise s'est seulement réservé par des conventions fermes la possibilité d'adjoindre plus tard, si les circonstances l'exigent, une sorte d'annexe à son patrimoine de première venue. Si la créance des 15 millions formait dès à présent partie intégrante du capital, la société en aurait fourni la contre-valeur, car on n'obtient rien sans rien. S'il s'agissait là d'une créance ordinaire, cette créance appartiendrait à l'un des trois groupes suivants : elle serait ou

Digitized by Google

pure et simple, ou à terme, ou conditionnelle. Or on ne peut la rattacher aux deux premiers types, puisque rien n'est dû présentement, et que rien ne prouve qu'il soit jamais dû quelque chose. La créance ne saurait davantage être traitée de conditionnelle, car la condition réside dans un événement incertain, et on cherche vainement ici quel serait l'événement suspendant la dette, en dehors de la volonté de la société créancière s'exprimant par un vote d'assemblée, c'est-à-dire d'un *si voluerit*. Enfin, si l'on était en présence d'une dette proprement dite, la logique, faisant abstraction de la personnalité morale, — ce qui dans une société civile est non seulement facile, mais même absolument imposé, — conclurait à l'inefficacité de cette dette : chacun des porteurs se trouvant à la fois débiteur et créancier du non-versé, — puisque le droit collectif de la société n'est que le total des droits individuels d'associés, — une véritable confusion juridique neutraliserait la créance dont nous parlons.

Cela étant, le non-versé ne constituant pas pour le siège social un droit comparable aux autres, on comprend que ce droit soit soumis à des conditions d'exercice particulièrement difficiles à obtenir. Cherchons de quelle manière le souscripteur s'engage effectivement pour la part de son titre à libérer plus tard. Si nous ne nous trompons, le complément est destiné à faire face à l'une des deux éventualités suivantes, et il est, en vertu d'une clause au moins implicite des bulletins de souscription, promis à la société sous l'une de ces deux modalités ou réserves.

D'abord il est considéré comme un *gage d'agrandissement de l'exploitation :* lorsque les pouvoirs sociaux compétents pour statuer sur cet agrandissement, c'est-à-dire presque toujours l'assemblée générale, auront voté l'extension prévue des affaires, la résolution d'un appel sur les titres interviendra à la suite de cette première manifestation de volonté, elle en sera en quelque sorte le corollaire forcé, et les actionnaires n'auront qu'à répondre à cet appel, sans pouvoir obtenir de justification sur la nécessité des versements, car ils doivent s'incliner devant les délibérations de l'assemblée, et dans l'espèce, ils ne feront, en somme, qu'adhérer à une mesure concernant l'objet de l'entreprise.

Digitized by Google

En second lieu, on ne peut douter que le non-versé ne soit encore *un gage de paiement du passif social*, mais un gage d'arrière-plan, car le bon sens même dit que l'on commencera par affecter aux créanciers les valeurs mises dans le capital originairement et transformées en outillage ou en marchandises : les actionnaires ont consenti à assumer les risques de l'entreprise au-delà de leurs premiers versements, jusqu'au taux nominal de leurs titres, et à parfaire la somme au cas où le sort se tournerait contre eux.

De ce que toutes ces prévisions n'aient pas été l'objet d'une réglementation expresse et détaillée au moment où la Compagnie s'est fondée, on aurait tort de conclure à une indifférence des souscripteurs donnant à la société toute latitude à l'effet de les poursuivre dans quelque circonstance et pour quelque cause que ce soit.

Il s'agit maintenant de rechercher ce que peut devenir cet engagement à double objectif, lorsque la société tombe en faillite. Il n'est pas besoin de longues méditations pour constater que le non-versé cesse de pouvoir répondre à sa première affectation. La faillite n'est pas un régime où l'on exploite, encore moins où l'on donne aux branches de l'industrie plus d'expansion ou de rayonnement, mais un régime où l'on liquide : la liquidation est un arrêt d'affaires. L'appel de fonds exercé par le syndic, en tant que substitué à l'assemblée générale, comme juge souverain des convenances et de l'avenir de l'association, deviendrait un non-sens : s'il représente la société, ce ne peut être qu'à un certain point de vue, dans la mesure de l'intérêt de celle-ci au règlement prompt de son passif. Qui soutiendra jamais que le syndic aurait qualité pour décréter la construction d'une nouvelle usine, la recherche de nouveaux débouchés? Or c'est précisément de sa part émettre cette étonnante prétention que de réclamer le complément aux souscripteurs sans leur exposer l'emploi qu'il en veut faire.

Le non-versé ne saurait, par conséquent, plus être envisagé que sous son second aspect : on en demande la réalisation pour désintéresser les créanciers. Il nous paraît difficile dans ces conditions de pouvoir le réclamer *de plano*. La démonstration préalable d'un découvert social s'impose. L'actionnaire n'a fait

Digitized by Google

la promesse de verser le deuxième, le troisième quart, qu'autant, que le premier serait reconnu insuffisant. On nous objectera que cela n'est écrit nulle part dans la loi ; nous répliquerons que, si cela est l'expression du bon sens, des habitudes commerciales qui réprouvent les déplacements inutiles de fonds, il n'en faut pas davantage pour suppléer dans les conventions sociales une clause raisonnable. D'ailleurs la société plaidant contre un de ses membres, ce n'est pas autre chose, à tout prendre, que le total, la masse des actionnaires recherchant l'un d'entre eux pour le faire contribuer au passif. Le défendeur est fondé à user du même système d'argumentation et de défense vis-à-vis la société, ou le syndic, que vis-à-vis chacun des autres actionnaires, plaidant individuellement contre lui. Ils sont tous codébiteurs ou cautions d'une même maison pour une somme égale, ce cautionnement n'excédant point, bien entendu, le chiffre de l'action. Ils se doivent réciproquement garantie pour tout ce qui dépasserait leur part contributoire. Il suffit de jeter les yeux sur les art. 1214, 2033, etc. du Code civil, pour savoir que le codébiteur, que la caution qui paie la dette ou subit les poursuites du créancier, ne peut se retourner contre les autres codébiteurs, contre les autres cautions, que pour leurs parts et portions respectives, divisément et fractionnairement. Nous répétons que la société qui centralise tous les actionnaires ne peut, dans ce recours, être autrement traitée que ne le serait chacun d'eux. Réclamer plus à un souscripteur que ce qui doit finalement lui incomber, et à plus forte raison, doubler arbitrairement la participation passive de celui-ci parce qu'on s'abstient de rechercher celui-là, c'est ne pas avoir égard aux relations qui unissent les intéressés et à ce que ces relations commandent. Le principe de l'égalité des actions, formulé par l'art. 34 du Code de commerce, vient encore consolider cette appréciation. Mais quand ce principe ne serait pas déposé dans la loi, la solution n'en découlerait pas moins d'un raisonnement impérieux.

On nous reprochera peut-être de convertir l'action en paiement de l'apport en une action en contribution. C'est qu'aussi, pour les motifs que nous avons précédemment déduits, ne peut-on dans une faillite ou dans une liquidation lui imprimer un

Digitized by Google

caractère différent. Le complément de mise n'est plus qu'un appoint de compte, le jour où toutes les questions s'effacent devant le règlement général des dettes; nous en trouverions à la rigueur la démonstration dans la manière dont l'art. 33, C. com., exprime la nécessité de parfaire l'action : les associés ne sont passibles que de la perte du montant de leur intérêt dans la société : *passibles,* c'est-à-dire contribuables.

Nous entendons bien répliquer nos adversaires : les porteurs de titres, indépendamment de leur dette envers le siège social ou de leurs relations mutuelles, sont tenus d'une action directe envers les créanciers, et la décomposition théorique que nous venons de faire ne peut convenir à cette action-là. Le syndic parle et agit non seulement au nom de la société, mais encore au nom des créanciers. — Cette considération n'est pas pour nous embarrasser. On n'a jamais prétendu que l'actionnaire pût être tenu à une somme plus forte, lorsqu'il est sous le coup de l'action directe que lorsqu'il répond à la poursuite sociale. Sans nous lancer dans une digression absolument inutile sur ce prétendu rapport immédiat entre créanciers et actionnaires, il nous suffira de faire observer que la jurisprudence s'est rattachée à cette notion problématique, dans l'unique but de garantir les créanciers contre l'exception tirée du dol et des manœuvres de souscriptions. Hors de là, les deux actions ont même mesure et se confondent dans leurs effets.

Nous conseillons au lecteur de relire une intéressante note de M. Labbé, accompagnant dans le recueil de Sirey l'arrêt de la Chambre civile du 21 juillet 1879 (1880, 1, 5 et s.), sur les conséquences de la mise au porteur des actions dans les termes de l'art. 3 de la loi de 1867. Il verra que le savant professeur de Paris soutient incidemment une doctrine conforme aux assertions de cet article. Nous ne savons si M. Labbé se porterait garant de notre système de justification : nous regrettons en tout cas de ne pas avoir sa plume pour rendre la théorie avec plus de chaleur et de style. La jurisprudence a suivi une fausse impulsion : il serait fort à souhaiter que des voix autorisées, disposant de plus d'influence que nous, la fissent rentrer dans la bonne voie. L'intérêt des liquidations réclame un retour prochain aux vrais

Digitized by Google

principes : les erreurs des syndics de faillites ne se comptent plus.

E. THALLER.

DE LA CHERTÉ DES FRAIS DE JUSTICE,

Par M. Lespinasse, ancien premier avovat général,
Président honoraire à la Cour de Pau.

Quand nous disions dans notre précédent article[1] sur les frais de justice, que la suppression de la remise proportionnelle allouée à l'avoué poursuivant sur le montant de l'adjudication, ne susciterait pas de plaintes de la part de ces officiers ministériels, nous nous trompions peut-être. Il est possible en effet, que plusieurs d'entre eux tiennent beaucoup à cette partie de leurs émoluments qui a vraiment le caractère d'une *bonne aubaine*. Ils ne savent pas sans doute à quelles suppositions fâcheuses cette singulière rémunération les expose ; nous les indiquerons tout-à-l'heure.

Il est vrai que la remise proportionnelle n'est pas une innovation de date récente ; elle figurait dans le tarif de 1807, mais elle n'est pas pour cela mieux justifiée. On a prétendu y voir un juste dédommagement de la responsabilité spéciale imposée aux avoués, pour les procédures en saisie immobilière, et l'on s'est plu à mettre en relief, l'obligation qui leur incombe, de vérifier les qualités des parties, les titres de propriété et les droits des divers coïntéressés (Rapport au roi en 1841 sur le nouveau tarif des frais pour les ventes judiciaires d'immeubles).

Est-ce que des devoirs analogues ne leur sont pas imposés dans tous les procès?

Est-ce que l'on a jamais songé à leur allouer pour cette raison, dans les instances ordinaires, des remises proportionnelles indépendamment du coût des actes qu'ils ont à rédiger.

Cette responsabilité est si peu onéreuse, qu'on n'a peut-être pas d'exemple qu'elle ait donné lieu à dommages-intérêts. La véritable raison qui a fait admettre cette allocation exorbitante, c'est qu'on a regardé l'adjudication comme particulièrement avantageuse au dernier enchérisseur, et qu'on a voulu faire participer l'officier public qui l'a requise, au bénéfice qu'elle est censée procurer à son mandant.

[1] *Revue critique*, nouvelle série, t. XVI, p. 86.

Digitized by Google

On n'a pas fait attention que ce sont en définitive le saisi et les créanciers qui supportent ce surcroît de frais; car l'adjudicataire le fait indubitablement entrer dans le calcul du prix qu'il veut offrir.

L'une des conséquences de cet étrange salaire, est de rendre les avoués très désireux de poursuivre des expropriations et surtout celles qui ont pour objet des immeubles de grande valeur. Or voici ce qui peut arriver et ce qu'on a vu maintes fois.

Supposons que le propriétaire d'immeubles valant de 250 à 300,000 fr. eût contracté des emprunts de 140 à 150,000 fr.; que les prêteurs lui eussent accordé des délais assez longs pour qu'il eût le temps de réaliser, en profitant des occasions favorables, des ventes partielles qui le mettraient en mesure de se libérer; qu'en attendant il eût pris le soin d'assurer le service des intérêts, par des baux à ferme ou à loyer; mais que tout à coup de petits fournisseurs auxquels il ne songeait pas, parce qu'il croyait n'être que caution vis-à-vis d'eux, et qu'il comptait sur la solvabilité des débiteurs principaux, obtinssent contre lui des condamnations pour des sommes variant de 100 à 200 fr.; que ces réclamations le prissent au dépourvu, et que l'un de ces petits créanciers s'avisât de faire saisir, pour le recouvrement d'une centaine de francs, des immeubles valant de 2 à 300.000 fr.

Est-ce que quelqu'un admettrait que cette mesure de rigueur eût été commandée spontanément par le véritable ayant-droit; que pour 100 fr., il serait soumis à faire l'avance des frais énormes qu'occasionnerait la poursuite, surtout s'il était peu riche, et si d'après le cours ordinaire des ventes forcées, il devait avoir la certitude que le prix de l'adjudication serait loin de couvrir les créances qui le primeraient?

Est-ce que le public, naturellement soupçonneux, ne serait pas autorisé à croire que c'est l'avoué qui a inspiré la poursuite, et qui a remboursé lui-même à son mandant ce qui lui était dû, en se chargeant d'avance de tous les frais.

Un pareil soupçon qui naîtrait si naturellement des circonstances ne seratt-il pas attentatoire à la dignité des officiers ministériels, et ne pourrait-il pas arriver quelque jour qu'un débiteur, surexcité par de pareils procédés, essayât d'user de représailles en faisant

Digitized by Google

appliquer à l'avoué poursuivant l'art. 1597 du Code civil.

Le moyen le plus sûr de parer à ces inconvénients serait de supprimer la remise proportionnelle.

Si par un respect outré pour un état de choses qui dure depuis longtemps, on voulait absolument maintenir cette allocation injustifiable, il faudrait du moins la proportionner non au montant de l'adjudication, mais à la quotité de la créance en vertu de laquelle la procédure aurait été entreprise. Il est permis de conjecturer que cette simple modification diminuerait de 50 0/0 le nombre des expropriations qui devient véritablement effrayant.

Quand le rapport de 1841, que nous avons déjà cité, donne pour base à la remise proportionnelle la convenance de récompenser *les soins et les peines des avoués indépendamment du salaire* spécial de chacun des actes accomplis par eux, il ouvre sans le vouloir la porte à des abus sans fin. La rémunération *des soins et peines*, sans autre explication, est une formule empruntée aux anciens procureurs et qu'il semble peu opportun d'exhumer.

La Cour de cassation a jugé, il est vrai, que l'on ne pouvait pas refuser à un avoué le salaire qu'il aurait gagné par l'accomplissement d'un mandat ordinaire en dehors de ses fonctions; mais dans la question qui nous occupe, c'est bien à l'avoué en cette qualité, qu'est donné le mandat de poursuivre, et la remise proportionnelle est un surcroît de salaire pour des actes relatifs à ces fonctions, et d'ailleurs suffisamment rétribués.

Cette allocation a soulevé, dans la pratique, des difficultés nombreuses dont la seule solution rationnelle est dans son abolition.

Ainsi il résulte du rapport de 1841 que la remise est destinée à compléter la rémunération de l'officier ministériel pour *toute l'évolution* de la *procédure*, d'où l'on a conclu très logiquement que tous les actes de la poursuite doivent avoir part à ce complément. En conséquence on s'est demandé si un avoué qui, par des causes indépendantes de sa volonté, a été remplacé avant l'adjudication, a droit à une part de la remise.

Le tribunal de Marseille a cru devoir admettre cette participation, mais il lui aurait été bien difficile de déterminer d'une manière générale quelle devait en être la quotité, et l'on peut

Digitized by Google

s'attendre à voir sur ce point autant d'appréciations différentes qu'il y aura de jugements rendus.

Mais, nous dira-t-on peut-être, si l'on supprimait la remise proportionnelle, les frais d'expropriation seraient aussi élevés pour une saisie portant sur un fonds de peu de valeur, que s'il s'agissait s'exproprier un grand domaine.

Cet inconvénient se rencontre dans tous les procès dont tous les actes sont soumis à un tarif uniforme, avec les seules différences qu'admet l'art. 67 du tarif entre les demandes inférieures 1,000 fr. et celles qui sont supérieures à 5,000 fr.

Tout ce qu'on peut désirer, c'est que le taux des actes soit toujours établi de manière à ce qu'il n'ait rien d'excessif, même pour les petites causes.

Prouvons encore par un exemple le peu de fondement de ce qu'on a allégué pour faire apparaître quelque rapport entre le travail accompli par l'officier ministériel, et le salaire que lui procure la remise proportionnelle.

Le cahier des charges indique nécessairement une mise à prix. Comme il est très possible qu'elle ne soit pas dépassée, on doit admettre que l'avoué a travaillé en vue de la rémunération qui serait attachée à ce prix. Mais si par des circonstances imprévues une concurrence ardente s'élève tout à coup entre les enchérisseurs et que les offres soient portées au double et au triple de la mise à prix, quel sera le caractère de l'excédant de remise proportionnelle que percevra le poursuivant? Le même évidemment que celui d'un coup de filet comme disait la loi romaine, un coup de fortune qui s'accomplirait aux dépens des justiciables ; la suppression d'un tel émolument est donc aussi morale qu'équitable.

Il est encore une autre disposition du tarif de 1807 qui nous paraît contraire au principe aussi vrai en procédure qu'en tout ordre d'idées : *à chacun selon ses œuvres*. L'art. 67 § 13 au chapitre des matières sommaires porte ce qui suit : si l'avoué est révoqué, ou si les pièces lui ont été retirées, il lui sera alloué : savoir, s'il y a eu constitution d'avoué et qu'un jugement par défaut n'ait pas encore été rendu, la moitié du droit qui lui aurait été accordé pour faire rendre ce jugement ; s'il a été rendu un

Digitized by Google

jugement par défaut ou un jugement interlocutoire, il sera accordé à l'avoué en sus de l'émolument relatif à ces jugements, la moitié du droit qui lui aurait été accordé pour obtenir un jugement contradictoire.

Ces dispositions sont difficiles à justifier, car elles allouent un salaire pour un travail qu'on ne fait pas.

Dira-t-on que le législateur a voulu protéger les avoués contre une révocation ou un retrait de pièces non motivés? Cette raison plausible en apparence devrait être écartée par ce motif, que proclament bien haut tous les auteurs, que le ministère des avoués constituant un monopole, c'est bien assez qu'il s'impose aux plaideurs sans qu'on veuille l'aggraver encore en enrayant la liberté qu'ils doivent avoir de maintenir ou non leur confiance à l'officier ministériel qu'ils avaient d'abord choisi. Il ne serait que juste de retrancher cette allocation.

Veut-on avoir une idée des abus auxquels elle peut donner lieu? Les législateurs ne laissent guère passer l'occasion de protester de leur ardent désir de voir diminuer le nombre des procès et de hâter la terminaison de ceux qu'on n'a pu empêcher de surgir.

Il semble d'après cela qu'un désistement devrait être accueilli avec une faveur toute particulière; or il peut résulter des dispositions que nous venons de signaler, qu'un procès dont on se désiste coûte à peu près aussi cher que si on le continuait jusqu'au jugement définitif. Il suffit pour cela que l'avoué inscrive sur son état de frais un article ainsi conçu : *pour un demi-droit de poursuite tant;* et comme ce demi-droit est indiqué par la loi en termes un peu ambigus, il s'élèvera souvent à la totalité de l'émolument que l'officier ministériel aurait retiré de la continuation du procès. Il conviendrait donc de rayer cette proposition du tarif.

Le droit de correspondance et de port des pièces ne devrait être en toute matière que le remboursement d'une dépense dont la preuve serait rapportée; le tarif l'admet cependant en matière ordinaire sans exiger de justification, et la jurisprudence varie d'une Cour à l'autre sur la question de savoir si cette allocation doit avoir lieu en matière sommaire. Il nous semble qu'en aucun cas on ne devrait passer en taxe que les déboursés dont il serait

Digitized by Google

fait preuve, ou tout au plus une somme assez modique pour qu'elle ne s'écartât pas sensiblement de la réalité, une allocation de 2 à 5 fr. devrait suffire; nous avons entendu parler d'un avoué qui se contentait en effet de deux francs, mais qui inscrivait 2 fr. sur chaque pièce qu'il envoyait, ou qu'il était censé envoyé!

Beaucoup de Cours d'appel ont sagement prescrit que le jugement soumis à leur examen serait imprimé ou autographié afin qu'un exemplaire pût en être distribué à chaque magistrat.

Dans certains ressorts on alloue pour couvrir cette dépense une somme fixée par abonnement pour toutes les affaires. Il ne nous semble pas que ce procédé soit équitable; il a pour résultat de faire payer aux plaideurs engagés dans de petits procès et auxquels une décision renfermée dans 2 ou 3 pages suffit, une part des frais énormes que peuvent nécessiter les jugements des grandes affaires.

La Cour de Paris a su éviter cet inconvénient en allouant tant par page d'impression. C'est ainsi qu'on devrait procéder partout.

Terminons cette notice déjà bien longue par une considération qui, si elle ne décharge pas les avoués de la part de responsabilité qui leur incombe dans les abus que nous avons signalés, en rejette une bonne part sur les magistrats chargés de régler les états de frais. Tous les auteurs qui se sont occupé de cette matière, comme Dalloz, Boucher d'Argis et le très bienveillant Chauveau, ont fait cette remarque que l'introduction et la persistance des abus de ce genre sont surtout imputables à la négligence des magistrats taxateurs.

Nous avons rappelé les dispositions du décret de 1807 qui prescrivent aux magistrats une vérification si scrupuleuse de toutes les pièces composant les dossiers soumise à la taxe; nous nous permettions dans notre premier article d'exprimer quelques doutes sur l'accomplissement de ces formalités; il paraît que nous étions beaucoup trop indulgent et que dans la pratique la plus générale, toutes ces prescriptions sont considérées comme des minuties peu dignes de la gravité des magistrats.

Le seul moyen de les remettre en vigueur serait de rendre le juge responsable de toutes les exagérations qu'un règlement

Digitized by Google

définitif ferait découvrir; ce ne serait pas une innovation, mais simplement un retour à la disposition d'un arrêt de règlement de 1678 et personne ne voudrait que nous fussions plus tolérants que l'*ancien régime* pour la répression des abus. Cette responsabilité devrait être appliquée en dehors des formes de la prise à partie dont la jurisprudence a fait au profit des magistrats une sorte d'asile inviolable même dans le cas des fautes les plus lourdes.

Le magistrat taxateur devrait être déclaré responsable par le seul fait de la découverte d'une allocation exagérée comme il l'est dans le cas d'une nullité d'enquête occasionnée par sa faute. La condamnation pourrait être prononcée contre lui, même sans le mettre en cause, sauf le droit qui lui serait réservé de former tierce-opposition, droit dont vraisemblablement il userait peu. Ce mode de procéder, conseillé par Pigeau, serait plus simple et par cela même nous paraîtrait préférable à celui que propose Chauveau. H. LESPINASSE.

RESPONSABILITÉ DES CO-LOCATAIRES.

DE LA PREUVE DU COMMENCEMENT DE L'INCENDIE. — THÉORIE DE L'ART. 1734 DU C. CIV.[1],

par M. E. Dramard, conseiller à la Cour d'appel de Limoges.

SOMMAIRE.

1. Rappel du principe général. — Comparaison entre les cas d'application des art. 1733 et 1734. — 2. Position de la question en droit. Espèce de fait; son intérêt juridique. — 3. Sens usuel des mots « Commencement de l'incendie ; » il est conforme au sens juridique; argument de texte. — 4. Distinction entre le commencement et la cause de l'incendie, entre le lieu où il a éclaté et le point où le feu a été mis. — 5. Motifs et objet de la disposition de l'art. 1734; Argument de raisonnement. — 6. Proposition : jamais le preneur n'est tenu de prouver la cause première de l'in-

[1] Cette étude était écrite depuis longtemps lorsque j'ai lu dans cette Revue, l'article de M. Lefebvre sur la *Responsabilité* (1886, p. 485). Nos recherches nous ont fait rencontrer certains points communs, notamment la théorie de la présomption de faute dans les contrats, que je suis d'accord avec lui pour repousser, mais pour d'autres raisons. C'est du reste une question de philosophie du Droit qui demande d'être mûrement méditée; je me propose de la traiter quelque jour.

Digitized by Google

cendie. — 7. Démonstration. Systèmes opposés. Opinion qui prévaut. — 8. — Conclusion de la discussion. Application au sujet : le lieu où a éclaté l'incendie est présumé être le même que celui où le feu a été mis. — 9. C'est une présomption simple ; la preuve de ce fait dispense de toute autre preuve ; elle ne peut être paralysée, au profit de l'adversaire, par la possibilité d'un fait différent ou contraire ; — mais elle peut être détruite par lui au moyen de la preuve contraire ; cette preuve est à sa charge et alors elle a pour objet la cause même du feu.

1. Le locataire répond de l'incendie du logement qu'il occupe par la raison que, débiteur de la chose qui lui est louée, il est obligé de la rendre à son propriétaire, et que comme conséquence de cette obligation, il est responsable ou garant de tout ce qui l'empêche de s'acquitter en nature, et en particulier de tous les genres de pertes de la chose. L'incendie n'est qu'un de ces genres de perte. La responsabilité du preneur n'est donc pas spéciale au cas d'incendie, pas plus que la responsabilité de l'incendie n'est spéciale au preneur. Comme tous les autres genres de pertes, elle est commune à tous les débiteurs de corps certains, conformément à la règle de l'art. 1302 du C. civ. Si donc le législateur a cru devoir, au titre du *Louage*, s'occuper spécialement, dans les art. 1733 et 1734, de la perte résultant de l'incendie, il n'a pas entendu par là revenir sur la règle générale de l'art. 1302 pour la modifier ou l'étendre ; c'en est un cas pur et simple d'application. La présomption de faute que l'on a voulu y découvrir, ou plus exactement peut-être, l'idée abstraite de faute, n'est pas davantage particulière au locataire ; elle se rencontrerait aussi dans l'art. 1302. Mais là, comme dans les art. 1733 et 1734, elle ne serait que secondaire et consécutive, ou dérivée. Ce n'est pas d'elle que découle, directement au moins, la responsabilité du débiteur ; elle procède immédiatement de l'inexécution de l'obligation, de l'impossibilité où il se trouve de se libérer par la restitution du corps certain, seul objet de la créance, quelle qu'en soit la cause ou le motif.

Une dette de corps certain et l'obligation de le livrer, voilà ce qui prime toute autre notion dans le contrat ; celle de faute ne se présente que consécutivement et pour autant qu'il devient utile de rechercher d'abord la cause de l'inexécution, et en second lieu, au cas spécial où elle provient de la perte de la chose, la

Digitized by Google

cause de cette perte. C'est alors qu'intervient l'idée de responsabilité indépendante en soi de celle de faute. La dette de responsabilité n'est qu'une transformation de la dette originaire; la responsabilité a pour conséquence virtuelle la substitution immédiate et de plein droit d'une dette d'indemnité à celle du corps certain dont la perte rend impossible sa solution en nature [1].

Mais cette loi de la responsabilité du débiteur de corps certain n'est elle-même, en théorie abstraite, qu'une dérogation à un principe général et d'ordre supérieur, à savoir que la chose périt pour son maître. La chose une fois détruite, tout est fini : l'obligation dont elle était l'objet est anéantie faute d'un de ses éléments essentiels. Ce principe abstrait est reconnu par l'article 1234 et rappelé dans l'art. 1302. Mais son empire est suspendu en partie par cette circonstance que la chose se trouve temporairement sous la garde d'un autre que le maître; d'où la nécessité pour celui-ci, s'il prétend rejeter le risque sur autrui, de prouver le contrat qui a déplacé le risque, c'est ce qui fait que la responsabilité est alors contractuelle. Tous les contrats, y compris le mandat, obligent celui à qui une chose est remise à charge de la rendre, de veiller à sa conservation. L'équité le voulait ainsi et les art. 1136 et 1137 en sont l'expression. Cette obligation est de l'essence de ces contrats, sauf convention contraire : d'où cette règle secondaire que la chose périt pour celui qui en a la garde. Mais cette règle est moins générale que la règle *res perit domino*, puisque celle-ci reprend son empire lorsqu'il est certain que la chose eût également péri entre les mains du maître. C'est pourquoi l'on a été amené par la force du bon sens à écarter alors la responsabilité du détenteur. C'est ce qui se présente, pour ne parler que de la perte par incendie, dans des circonstances entre lesquelles on a établi certaines distinctions, bien que, à des degrés différents, elles se caractérisent par ce signe commun qu'elles sont indépendantes de la volonté et de

[1] Cela n'est même pas rigoureusement exact : le droit du créancier est d'exiger le rétablissement de la chose aux frais du débiteur, et le droit de celui-ci est de rétablir s'il le préfère. La dette d'un corps certain se trouve ainsi transformée d'abord en obligation de faire et la dette d'indemnité ne prend naissance que par le refus ou l'impossibilité du débiteur de remplir l'obligation de faire (art. 1136, 1142, 1146).

Digitized by Google

toute participation du détenteur, quel qu'il soit, ce qui les range dans la catégorie générale des cas fortuits ou de force majeure. Ce sont : 1° Le cas fortuit ou de force majeure d'une façon absolue et qu'il est inutile de définir. 2° Le vice de construction, qui est aussi, au regard du détenteur, une manière de cas fortuit ou de force majeure, puisque le plus ordinairement il en ignore l'existence et que d'ailleurs il est le fait du maître. 3° Enfin celui où la perte est due au fait d'un tiers, étranger au détenteur, soit que le feu ait été mis directement à la chose par imprudence ou malveillance, soit qu'il ait été communiqué fortuitement ou par la force des choses d'un appartement à un autre. Ici l'empire du hasard ou de la force majeure est moins sensible qu'au premier cas, car, d'une façon absolue, on conçoit qu'une vigilance plus grande eût pu prévenir ou empêcher l'accident; mais le droit n'a rien à voir avec l'absolu; les seuls faits qu'il envisage sont ceux que la prudence humaine peut prévoir.

Le Code s'occupe de la communication du feu d'une maison à l'autre en termes exprès dans l'art. 1733; il prévoit la communication d'un appartement à l'autre de la même maison dans l'art. 1734, mais implicitement seulement, quand il se préoccupe du lieu où a commencé l'incendie. En effet quand plusieurs appartements sont devenus la proie de l'incendie, indiquer celui où il a commencé, ou prouver qu'il n'a pas commencé dans l'un d'eux, cela revient à démontrer directement au premier cas, indirectement au second, qu'il y a eu communication du feu, car la communication n'est que la conséquence du commencement de l'incendie dans un autre endroit. En d'autres termes, l'article 1733, au lieu de parler du lieu où l'incendie a commencé, n'envisage que la communication qui est son effet immédiat; mais le fait justificatif à prouver est bien en définitive le commencement de l'incendie dans la maison voisine. L'art. 1734, au contraire, sans parler de la communication qui est sous-entendue, ne considère tout d'abord que le point où l'incendie a commencé, ce qui est aussi le fait à prouver [1]. C'est de la communication d'un appartement à un autre que nous aurons à nous occuper dans cette étude.

[1] Troplong, *Louage*, n° 382.

Digitized by Google

Une autre différence, plus intéressante à signaler à cause des conséquences à en tirer pour la démonstration, est celle-ci : l'art. 1733 règle la condition du locataire unique occupant tout l'immeuble, sans aucune cohabitation de co-locataire ou de propriétaire, et seul préposé dès lors à la conservation de la chose. Aucune hésitation n'est ici possible quant à la responsabilité; que le feu ait commencé à la cave ou au grenier, il n'importe : elle est entière et sans partage, comme l'obligation de rendre. Pour y échapper, le locataire doit administrer une preuve directe et positive des causes d'excuse que la loi met à sa disposition. La situation est toute différente dans l'art. 1734. La présence de plusieurs occupants laisse place à l'incertitude sur le lieu où le feu a pris, et, jusqu'à preuve contraire, l'incertitude profite au bailleur qui conserve entière contre chacun des débiteurs son action dérivant du contrat : c'est affaire entre eux de désigner celui à qui l'accident est imputable, ce qui fait intervenir une entité nouvelle, la faute, mais la faute aquilienne, non la faute contractuelle. Le législateur avait même édicté contre eux une solidarité qui n'avait pas d'autre base qu'une véritable présomption de faute commune que rien ne justifiait sérieusement. Cette rigueur excessive de la règle de la solidarité aurait conduit à l'iniquité si elle eût été absolue, et si même, dans l'application, elle n'eût été compensée par une facilité plus grande d'y échapper, au moyen d'une preuve moins rigoureuse que celle imposée au locataire unique. En pareil cas un seul locataire est vraisemblablement en faute, et les autres n'ont le plus souvent aucun moyen direct et péremptoire de le prouver, étrangers qu'ils sont les uns aux autres. C'est ainsi que l'on aurait été amené à leur permettre de démontrer, même par voie indirecte, leur innocence, en justifiant que l'incendie ne saurait leur être imputable parce qu'il serait impossible qu'il eût commencé chez eux. C'est là une preuve négative que n'admet pas l'art. 1733 [1], et que permet au contraire l'art. 1734.

Il y avait donc là, ainsi que dans la solidarité, une différence caractéristique entre les deux art. 1733 et 1734. Depuis la loi de

[1] Il y a toutefois un système qui va jusque-là; nous aurons bientôt occasion d'en parler.

Digitized by Google

1883 il n'existe plus de lien de droit qu'entre le propriétaire et chacun de ses locataires, il n'y en a plus aucun entre ceux-ci, pas plus qu'il ne peut y en avoir entre locataires de maisons voisines. Chaque habitant n'est personnellement débiteur que de la partie d'habitation qu'il occupe. En dehors de leurs rapports ainsi limités avec leur propriétaire, il ne peut être question à leur encontre que d'une responsabilité délictuelle, et la faute qui peut l'engendrer doit être préalablement prouvée par celui qui en excipe. La raison qui avait fait accorder plus de facilité aux divers co-locataires pour échapper à la responsabilité n'existe donc plus depuis qu'ils ne sont plus soumis à la solidarité ; cependant l'art. 1734 n'a pas été modifié sous ce rapport et il fait ainsi aux co-locataires une situation plus favorable qu'au locataire unique. Chacun des locataires de la même maison peut s'exonérer en prouvant que le feu a commencé dans l'appartement d'un co-locataire, et jouit ainsi du même avantage que le locataire unique admis à se libérer en prouvant que le feu a été communiqué d'une maison voisine; mais ils ont, en plus que lui, le moyen d'arriver au même résultat par preuve négative que le feu n'a pas pu commencer chez eux. A cette différence près, la situation prévue par les deux articles est la même; il s'agit de déterminer un fait de communication, et au point de vue de l'étendue de la preuve à faire ce qui sera suffisant au cas de l'art. 1733 le sera également et *a fortiori* dans celui de l'art. 1734 puisqu'il est plus favorable.

2. Recherchons maintenant quelle est l'étendue de cette preuve, quelle est la nature précise du fait justificatif que l'article 1734 met à la disposition du preneur quand il l'autorise à prouver que l'incendie a commencé dans l'habitation d'un co-locataire, ou qu'il n'a pas pu commencer chez lui-même. Lui suffit-il de démontrer que le phénomène s'est produit, que la flamme ou le feu a éclaté, c'est-à-dire ont été aperçus d'abord chez son voisin, ou n'ont pas été vus chez lui-même avant de l'être chez ce voisin ? — Ou bien devra-t-il préciser, dans l'un comme dans l'autre cas, le lieu, et par suite le moment exact où, d'une façon absolue, le feu, l'élément incendiaire, la cause de l'incendie, a été mis d'abord en contact avec la matière combus-

Digitized by Google

tible et en a produit la destruction, quels que soient d'ailleurs le lieu et l'heure où la manifestation s'en est produite sous forme d'incendie, c'est-à-dire où le feu est devenu apparent ? En un mot qu'a voulu dire le législateur par ces mots : « l'incendie a commencé ou n'a pas pu commencer ? » Quand et où l'incendie doit-il être réputé juridiquement avoir commencé ? Par suite, pour arriver à cette constatation, et en tirer comme conséquence de droit la justification du preneur, dans quelle limite se meut le pouvoir du juge quant à l'appréciation des moyens de preuve produits par les parties ? Cette difficulté d'interprétation de l'art. 1734 s'est présentée récemment, et a été résolue différemment en première instance et en appel, dans des circonstances bien faites pour appeler sur elles l'attention [1].

Les deux étages d'une maison loués à des locataires différents n'étaient séparés que par un simple plancher dont la face de dessous servait de plafond à l'étage inférieur et était appuyé sur des solives entre lesquelles avait été tendu un papier d'emballage destiné à empêcher la poussière du dessus de tomber en dessous. L'incendie s'était manifesté dans ce papier dont les débris enflammés, en tombant, l'avaient propagé dans tout l'étage inférieur servant d'atelier d'ébénisterie. Le bâtiment entier fut consumé. Le locataire supérieur de prétendre alors que l'incendie ayant commencé à l'intérieur du logis occupé par le locataire inférieur, il échappait à la responsabilité, et celui-ci de répondre que le feu n'avait pas pu commencer chez lui, au plafond, et ne pouvait provenir que du logement supérieur en pénétrant chez lui à travers les interstices du plafond. Ainsi le fait certain c'est la manifestation de l'incendie en un point bien déterminé; l'inconnu c'est l'origine du feu. Les deux termes de l'alternative prévue par l'art. 1734 sont en présence : l'un des locataires affirme que l'incendie a commencé chez son voisin; celui-ci soutient que le feu n'a pas pu commencer chez lui. C'est la preuve positive et la preuve négative opposées l'une à l'autre. Celui qui fait la preuve positive ne doit-il pas avoir l'avantage ?

Aucun des auteurs qui ont commenté l'art. 1734 n'a pressenti

[1] V. à la fin de cette étude le texte de ces deux décisions.

Digitized by Google

la difficulté de droit qui est ici soulevée; aucune décision de justice n'a été, à ma connaissance, relevée par les arrêtistes, quoique certainement en pratique les tribunaux aient dû plus d'une fois être appelés à la résoudre. Les uns et les autres ne semblent avoir vu là qu'une simple question de fait n'engageant pas le droit. Cependant l'espèce dont il s'agit et les deux décisions qui l'ont résolue en sens opposé, par des motifs de droit, prouvent que la question s'est bien posée en droit et que la solution à donner et l'appréciation des circonstances de fait étaient soumises à des règles qu'il s'agissait de déterminer par interprétation des termes de l'art. 1734. Jusqu'alors les mots « l'incendie a commencé » ne semblaient avoir donné lieu à aucune controverse, à aucune hésitation quant à leur interprétation grammaticale ou juridique. En serait-il donc de cette difficulté comme de celles que M. Batbie, à propos justement de ce même art. 1734 réformé, a qualifiées si durement, et ne faudrait-il y voir qu'une « subtilité inventée par les plaideurs et non par les docteurs en droit [1]? » Il est permis d'en douter, et quand on cherche à pénétrer la pensée de la plupart des auteurs et des arrêts qui ont eu à s'expliquer sur les expressions dont il s'agit, on s'aperçoit qu'elles n'éveillent chez eux aucune idée nette et précise; que le sens en demeure dans leur esprit vague et indéterminé comme les mots mêmes qu'ils emploient pour l'expliquer; que le commencement de l'incendie se confond presque toujours avec l'origine du feu, et que ces termes leur paraissent équivalents pour exprimer des faits identiques ou tout au moins de même nature. Il semble en un mot que ce doive toujours être d'après le fait particulier qui lui est soumis que le juge ait à décider si l'incendie a commencé dans tel lieu ou dans tel autre, et que leur appréciation, en cela toute contingente, soit dès lors souveraine. Il a fallu que la question se posât pour faire voir qu'elle a un intérêt juridique égal à son utilité pratique; que faute de débrouiller des faits et des idées distincts, on risque de priver les plaideurs du bénéfice de dispositions édictées en leur faveur; que l'on arrive ainsi à proclamer le doute juridique là où la loi ne permet pas qu'il existe. La question, on le voit,

[1] *Rev. Crit. de législ.*, 1884, p. 736.

Digitized by Google

est de nature à émouvoir la conscience du juge, et mérite un examen attentif.

Il ne s'agit donc pas ici d'une pure appréciation de fait dans laquelle le juge est souverain. Ce n'est pas seulement en matière criminelle que la Cour de cassation se réserve d'examiner le fait pour s'assurer que le juge en a tiré les conséquences de droit qu'il comporte. Plus d'une fois elle a fait l'application de cette règle à des litiges civils, particulièrement en matière de faute délictuelle qui a tant d'affinité avec celle qui nous occupe. La question de savoir si les faits établis constituent une faute ou un cas de responsabilité, est mélangée de fait et de droit, et la solution qui lui est donnée peut être censurée par la Cour régulatrice qui apprécie le fait reconnu constant par le juge du fond, conformément à ses pouvoirs essentiels [1]. Pour décider qu'une partie a commis une faute, il faut d'abord décider qu'elle a fait ce qu'elle n'avait pas droit de faire ou qu'elle n'a pas fait ce qu'elle avait l'obligation de faire, et résoudre ainsi un point de droit. De même, étant constant en fait qu'un incendie s'est manifesté par des signes visibles, tels que l'apparition des flammes dans un endroit bien déterminé, pour décider que c'est là ou que ce n'est pas là que l'incendie a commencé, ou pour déclarer qu'il n'est pas prouvé que ce soit là qu'il ait commencé, il faut nécessairement se livrer à l'interprétation juridique des expressions employées par la loi : c'est un point de droit. La proposition se formule ainsi : le caractère juridique du fait établi constitue un point de droit rentrant sous le contrôle de la Cour suprême. Nul doute que l'arrêt, dont la doctrine fait l'objet de cette étude, n'ait résolu un point de droit; nul doute qu'il n'ait posé une thèse de droit quand il déclare « qu'il n'y a pas à rechercher comment le feu aurait été mis, mais seulement où il a commencé, » faisant ainsi une distinction théorique entre l'origine du feu et le commencement de l'incendie. Le fait qualifié par la loi commencement de l'incendie n'est pas seulement un fait matériel, c'est aussi un fait juridique. Cette question s'est posée en termes formels dans l'arrêt rapporté, mais on peut

[1] Sourdat, *Traité de la Respons.*, 2e éd., t. I, nos 132, 461 et 464, et la note dans Dall. Pér., 70. 1. 177.

Digitized by Google

dire qu'elle est à l'état latent dans la plupart des cas analogues [1].

3. Pour obtenir la solution du problème, il n'est pas indifférent de vérifier tout d'abord le sens usuel et grammatical des mots employés par le législateur dans la loi; cette première épreuve nous en fera plus facilement reconnaître le sens juridique. La loi dit l'*incendie* et non le *feu*; il n'est pas présumable que ce soit sans intention. Qu'est-ce donc que l'incendie? — C'est, dit Littré, « un feu très grand, très étendu, surtout celui qui consume des édifices, des forêts, un vaste amas de matières. » Ainsi l'idée d'incendie est inséparable d'abord d'une manifestation extérieure du feu, et en second lieu de la destruction de matières qui ne sont pas destinées par leur usage à produire le feu et à l'alimenter. Voilà pour le sens grammatical et usuel; le sens juridique n'en diffère aucunement, et il ne saurait en être autrement, car il s'agit moins ici de termes techniques propres à la langue judiciaire, que de mots usuels servant à désigner des faits communs, des faits également usuels. C'est pourquoi la plupart des dictionnaires de droit s'abstiennent d'en donner la définition [2]. Sans remonter aux anciens interprètes, citons seulement Favard de Langlade (*Répertoire*) « Grand embrasement », et Dalloz (*Répertoire*) « Incendie, mot qui exprime soit le feu qui consume un édifice, une forêt ou un certain amas de matières, soit l'état d'embrasement de ces matières. » Ce rapprochement nous fait voir que Littré a pris sa définition à la même source que le répertoire de Dalloz, et qu'elle est traditionnelle.

L'incendie est donc différent du feu qui le produit; c'est plus qu'une manière d'être du feu, c'en est la manifestation extérieure dans des conditions spéciales et déterminées. L'incendie n'est

[1] V. Cass. civ., 5 janvier 1872, *Sir.* 72. 1. 157; *D. P.* 72, 1. 61; d° 15 avril 1873, *Sir.* 73. 1. 174; *D. P.* 73. 1. 269; d° 12 janv. 1875, *Sir.* 75. 1. 254; *D. P.* 75. 1. 145; Req. 7 janv. 1875, *Sir.* 78. 1. 1412; *D. P.* 78; 1. 297. V. encore dans le même sens Cass., 31 juillet 1876, *Sir.* 77, 1, 176. *D. P.* 77. 1. 24; d° 24 janv. 1877, *Sir.* 77. 1. 251; *D. P.* 77. 1. 164. — Cependant des arrêts antérieurs de la Chambre des requêtes avaient adopté une jurisprudence contraire : Cass. 17 juill. 1872, *Sir.* 72. 1. 386, et la note; *D. P.* 73. 1. 87.

[2] Notamment Merlin.

Digitized by Google

qu'un effet, le feu en est la cause. Dans le langage ordinaire on confond assez volontiers la cause et l'effet, parce que les choses se confondent dans l'entendement lorsqu'il n'y a pas de raison pour en faire l'analyse. On est porté de la même manière à confondre le lieu où s'est produit le feu avec celui où il s'est manifesté comme incendie. C'est l'effet d'une induction si naturelle qu'elle est inconsciente, d'une présomption que d'après la vraisemblance le feu a été mis là où il a éclaté, où il s'est trahi par son éclat, là en un mot où il est devenu incendie, où l'incendie a commencé. Cette présomption de sens commun, nous reconnaîtrons bientôt qu'elle a été adoptée par la loi. C'est qu'en réalité, ce qui frappe tout d'abord l'attention, ce qui saisit l'esprit, en cela comme en toutes choses, c'est le phénomène (φαινόμενον, ce qui apparaît), l'incendie, et ce phénomène s'identifie avec sa cause, le feu, instinctivement, jusqu'au moment où l'on cherche à se rendre compte des circonstances dans lesquelles s'est produit le phénomène, c'est-à-dire de sa cause. L'endroit où a commencé l'incendie, c'est donc pour tout le monde celui où il s'est manifesté aux sens et non pas la manière dont il a été engendré. Tant que l'incendie n'a pas éclaté, il n'existait pas; le feu couvait peut-être, mais ayant encore autant de chance de s'éteindre que de produire un incendie; il ne s'est pas encore révélé comme agent de destruction de la chose dont il ne s'est pas encore emparé. La cause de l'incendie, c'est toujours le feu, mais le feu mis en contact avec la matière dans des circonstances variables qui sont elles-mêmes, pour le feu, une cause première et directe. Il n'est pas moins important dans la science du droit que dans les autres sciences de se pénétrer de la valeur des termes employés : on n'a de précision qu'à ce prix. Cette précision fait quelquefois défaut chez ceux qui interprètent ou appliquent la loi; serait-ce, dans notre cas, parce qu'elle manquerait dans la loi ? Rien n'autorise à le supposer. Ce n'est au contraire pas sans réflexion que le législateur a dit *l'incendie* et non le *feu*, car il y avait utilité à distinguer, et il ne pouvait pas employer une expression plus juste et mieux en harmonie avec ce qu'il se proposait [1].

[1] Le mot *feu* n'est employé qu'une fois ici, et justement pour l'opposer implicitement à celui d'incendie : parlant de la communication, l'art. 1733

Digitized by Google

4. Autre chose en effet est d'avoir à prouver la *cause* productive de l'incendie, c'est-à-dire *comment* il a été produit, autre chose d'avoir à démontrer *où* il a commencé. Ce sont là deux faits distincts juridiquement, comme ils le sont dans la réalité, et dont les conséquences sont bien différentes, suivant qu'on les distingue ou qu'on les confond. La perte de la chose est l'effet direct de l'incendie, et la loi ne s'occupe de l'incendie que comme cause de cette perte : l'incendie, lui aussi, a une cause, le feu; où, quand et comment le feu a-t-il pris? il n'importe à la loi. La cause de l'incendie peut ainsi être envisagée sous deux aspects tous deux distincts de sa manifestation : c'est soit le lieu et le moment où le feu a été mis, soit la manière dont il a été mis, son origine et sa modalité, c'est-à-dire le mécanisme de l'incendie, ou la relation entre le feu, agent d'incendie, cause de tout incendie, et l'effet concret, tel incendie dont on s'occupe [1]. On confond par-

dit que le *feu* a été communiqué de la maison voisine, c'est-à-dire que la cause de l'incendie se place dans cette maison, bien que *l'incendie* n'ait apparu que dans l'autre.

[1] C'est dans le sens de la modalité qu'on entend d'ordinaire la cause de l'incendie, tandis que l'on est porté à confondre l'origine du feu et le commencement de l'incendie. En voici des exemples : « Dans le plus grand nombre de cas *l'origine du feu*, le lieu où il a *commencé* est connu, la cause de *l'incendie* est ignorée..... « C'est justement le contraire qu'il faudrait dire : les deux mots *feu* et *incendie* devraient être ici intervertis pour avoir leur sens exact. — De même dans la phrase suivante : « Est-il possible que le feu prenne sans la faute d'une personne, par un vice de construction, par le mauvais état des conduites de gaz établies par le propriétaire, même par une flammèche d'un corps enflammé projeté et venant du dehors? Cela est possible. Cette possibilité suffirait pour qu'il y ait une différence entre la connaissance du lieu *d'origine du feu* et la connaissance de la *cause de l'incendie.* » (Labbé, note dans Sirey, 85. 2. 74). Laurent (t. 25, n° 294), dit indifféremment : « L'incendie a commencé, le feu a pris. » Mourlon donne comme équivalents les mots « le feu a pris » (t. III, p. 327), tandis qu'Aubry et Rau disent : « le feu a éclaté. » C'est surtout dans les notes doctrinales insérées dans les recueils que la confusion se manifeste, parce que ces sortes d'études comportent un examen plus détaillé des cas d'application du texte. Dans une seule de ces dissertations on peut relever comme synonymes ou équivalentes les locutions suivantes : « Si le feu n'a pas *pris* chez le locataire, ou s'il a *éclaté*..... le *feu* n'a pas *commencé*.... le *feu* n'a pas *pris*.... le propriétaire prouve être étranger à *l'incendie*... *l'origine* de *l'incendie* reste inconnue... *l'incendie* n'a pas eu son *point de départ* dans l'appartement...

Digitized by Google

fois ces deux termes, origine et modalité, pour n'envisager que la modalité : mais celle-ci ne diffère pas moins du commencement de l'incendie que son origine elle-même. Au cas qui nous occupe, il s'agit uniquement de déterminer un lieu initial pour faire découler de cette constatation de fait une conséquence de droit, la responsabilité à la charge de celui qui a la garde de ce lieu : c'est sous ce rapport que la différence entre le commencement et la cause ou l'origine a son importance. Ce lieu est-il celui où le feu a pris naissance, est-il celui où il a éclaté et manifesté ainsi l'incendie? Il arrive parfois que les deux circonstances étant concomitantes, une seule preuve les comprend; c'est ce qui se produit au criminel quand un témoin vient déclarer qu'il a vu l'incendiaire approcher une allumette, un brandon d'une couverture en chaume, d'un tas de paille. Mais c'est le cas le plus rare. D'ordinaire on ignore comment et même où le feu a pris naissance; on est obligé de s'en tenir au lieu où il a éclaté. C'est donc lorsque la cause, origine ou modalité, échappe aux recherches, qu'il est important de ne pas la confondre avec la circonstance différente du lieu où a commencé l'incendie, celle-là seule dont, textuellement, parle l'art. 1734 du C. c.

5. C'était en effet la seule dont pouvait légitimement se préoccuper le législateur. Quel était son but? De fournir aux locataires un moyen de se justifier; — mais de quoi? D'une faute? — Non, mais de son impossibilité d'accomplir son obligation.

le *feu* n'a pas *éclaté*... la *cause* de l'incendie..... le *feu* a *commencé*... » (Note de M. Labbé dans *Sirey*, 76. 2. 345). Toutes ces façons de dire sont employées comme équivalentes ou synonymes, bien qu'elles expriment des faits et des idées tout-à-fait différents. Il ne peut y avoir d'équivalent ou de paraphrase pour les mots dont on s'est servi dans l'art. 1734, parce que chacun a son sens propre et précis, chacun d'eux porte. — Un arrêt de la Cour de cassation, du 15 mars 1876, me paraît mieux poser la distinction entre le commencement et la cause : « Attendu que si le propriétaire habite lui-même une partie de la maison incendiée, il ne peut, sans doute, quand la cause de l'incendie et lieu où il a commencé restent inconnus, invoquer les dispositions des art. 1733 et 1734; mais que s'il prouve que le feu n'a pas commencé dans la partie qu'il occupait, etc. (*Dall. Pér.* 76. 1. 154; *Sir.* 76. 1. 345. — Un arrêt de Riom du 5 mai 1809, précise ainsi le sens de l'art. 1734 : « Le feu s'est manifesté.... il a été vu premièrement... » (*Sir.* 10. 2. 56).

Digitized by Google

Nous ne sommes ici en présence que d'une responsabilité contractuelle. Obligé par son contrat de restituer la chose louée, l'impossibilité dans laquelle il se trouve de le faire a pour conséquence de substituer à l'obligation découlant directement du contrat celle de payer l'équivalent de la chose ; c'est la garantie de la perte (art. 1147, 1148). Il importe peu, en principe, qu'elle soit arrivée par sa faute ou autrement ; il est lié par son contrat et non par une faute. Aussi le législateur n'a-t-il pas songé à le mettre en demeure de prouver qu'il est exempt de faute. Mais le bon sens dit à son tour qu'il est des cas où la garantie de la perte serait inique : c'est lorsqu'i la été impossible au débiteur de la prévenir ou de l'éviter, et la loi d'accord avec lui l'admet à faire cette preuve qui n'a qu'un rapport très indirect avec l'idée de faute du débiteur, je ne saurais trop insister sur ce point. Parmi les moyens de justification qu'elle énumère se trouve la communication de l'incendie, communication qui s'établit indirectement en démontrant que l'incendie a commencé ailleurs que chez lui, ou qu'il n'a pas pu commencer chez lui.

Lorsqu'il s'agit de communication, le point où a éclaté l'incendie est le seul fait sur lequel puisse se produire une certitude. Peut-on exiger davantage du locataire pour accueillir son exception de libération? Non, certainement, au cas de l'article 1733. L'incendie éclatant le plus souvent en l'absence de témoins et faisant disparaître presque toujours les traces de son origine, il est presque impossible au débiteur de fournir à la justice des éléments de conviction sur ce point. Aller jusque-là serait lui demander l'impossible, puisque si la cause de l'incendie se trouve hors de chez lui il n'a pas pu la connaître. Il serait déraisonnable de lui demander ce qu'il ne sait pas, ce qu'il ne peut pas savoir. Souvent il lui sera permis de connaître que le feu lui a été communiqué du dehors et que l'incendie a commencé chez son voisin, mais c'est là tout ; quant à la cause du feu, elle lui est étrangère. La communication est un véritable cas de force majeure.

6. Quand la loi donne au locataire des moyens d'établir qu'il est libéré par la perte de la chose, elle ne se préoccupe pas de l'idée de faute ; elle n'a en vue que des événements extrinsèques

Digitized by Google

qui ont le caractère de puissance inéluctable et fatale libérant le débiteur, non pas parce qu'ils prouvent qu'il est exempt de faute, mais parce qu'ils détruisent le contrat même, s'imposant avec une égale raison au créancier et au débiteur. Si donc celui-ci n'a pas à prouver qu'il n'a pas commis de faute parce que ce n'est pas de cela qu'il s'agit, il n'a pas à prouver davantage la cause du feu, car cette cause se rattachant à un cas de force majeure ne peut émaner de lui. Aussi dans aucun des cas de justification admis par la loi le débiteur n'est-il astreint à déterminer par voie de preuve principale et directe la cause spéciale et déterminée de l'incendie. Cela est admis désormais en ce qui concerne les cas fortuit et de force majeure, et celui de vice de construction prévus par l'art. 1733. Il y a la même raison de décider pour la communication qui a aussi le caractère de force majeure; c'est une présomption de la loi qui fait disparaître toute imputabilité de faute (D. P. 69, 1, 334).

7. On a toutefois beaucoup discuté à ce propos. La controverse portait sur la situation faite au locataire quant à la preuve des faits énoncés dans les art. 1733 et 1734. Les termes de la question débattue sont ceux-ci : le locataire est-il justifié quand il a prouvé qu'il n'a commis aucune faute, ou différemment la preuve du cas fortuit ou de la force majeure est-elle acquise juridiquement, par voie de conséquence nécessaire, par cela seul qu'il paraît impossible d'assigner au sinistre une autre cause quelconque, — ou, au contraire, le débiteur ne doit-il pas, sinon préciser et démontrer le fait spécial, fortuit ou de force majeure, qui a causé l'incendie, au moins rendre vraisemblable cette allégation au moyen de différentes circonstances accessoires propres à constituer la preuve par présomptions, ou même déterminer par les mêmes moyens la catégorie de cas fortuits à laquelle peut seule appartenir le fait auquel il faut rapporter la cause de l'incendie, encore bien que ce fait reste inconnu dans son indivdualité ?

On a énoncé qu'il se serait produit à l'occasion de cette controverse trois systèmes différents (V. *Code civ. ann. de Dalloz*, art. 1733, n° 30 et s. et *D. P.* 1867. 2. 89 note). Une étude attentive des autorités citees dans le débat conduit à reconnaître qu'il

Digitized by Google

n'y en a réellement que deux en présence à savoir : celui qui prétend que le débiteur n'a d'autre preuve à faire que de l'absence de faute, et celui d'après lequel cette justification est insuffisante, et qui veut encore qu'il prouve un des faits d'excuse déterminés par les art. 1733 et 1734, sauf à apporter plus ou moins de tempérament à la rigueur de cette preuve suivant les circonstances de la cause. Quant au système qui exigerait du preneur la preuve taxative d'un fait spécial déterminatif de l'incendie, celui en d'autres termes qui l'obligerait à en indiquer la cause propre et directe, spécifiée dans son individualité, je pense qu'il faut l'éliminer comme n'étant en réalité défendu par personne. C'est la proposition qu'il m'importe de justifier pour les besoin de ma démonstration, n'ayant d'ailleurs pas autrement à entrer dans le détail de la polémique qui ne touche que par ce côté au sujet de cette étude.

On a présenté comme ayant formulé ce système quelques auteurs et même des arrêts qui ne me semblent pas s'être proposé de mettre une telle doctrine en thèse de droit et dont l'opinion me paraît avoir été mal interprétée. Marcadé est celui qui a le plus insisté sur la nature et l'étendue de la preuve qui incombe au locataire; son argumentation peut, à première vue, faire illusion ; mais on s'aperçoit bientôt qu'elle a surtout pour objet de combattre l'opinion d'après laquelle il suffirait au preneur de prouver qu'il est exempt de faute pour qu'il dût en découler comme conséquence nécessaire que le sinistre ne peut être attribué qu'au hasard. Sa réfutation ne va pas jusqu'à proposer la thèse diamétralement opposée. Il affirme, avec l'énergie et la vivacité qu'on lui sait, que ce n'est pas d'une simple preuve négative qu'il s'agit, mais d'une preuve positive de l'une des causes d'excuse limitativement admises par l'art. 1733. Sans doute le hasard, un cas fortuit est, en soi, une cause abstraite, ou, si l'on veut, c'est une catégorie de causes concrètes pouvant être attribuées au hasard, telles que la flammèche venue du dehors, le feu du ciel, un phénomène physique, ou chimique etc.; ou bien encore un vice de construction quelconque. Le débiteur devra-t-il prendre dans ces catégories le fait spécial et précis qu'il attribue comme cause à l'incendie, en démontrer

Digitized by Google

qui ont le caractère de puissance inéluctable et fatale libérant le débiteur, non pas parce qu'ils prouvent qu'il est exempt de faute, mais parce qu'ils détruisent le contrat même, s'imposant avec une égale raison au créancier et au débiteur. Si donc celui-ci n'a pas à prouver qu'il n'a pas commis de faute parce que ce n'est pas de cela qu'il s'agit, il n'a pas à prouver davantage la cause du feu, car cette cause se rattachant à un cas de force majeure ne peut émaner de lui. Aussi dans aucun des cas de justification admis par la loi le débiteur n'est-il astreint à déterminer par voie de preuve principale et directe la cause spéciale et déterminée de l'incendie. Cela est admis désormais en ce qui concerne les cas fortuit et de force majeure, et celui de vice de construction prévus par l'art. 1733. Il y a la même raison de décider pour la communication qui a aussi le caractère de force majeure; c'est une présomption de la loi qui fait disparaître toute imputabilité de faute (D. P. 69, 1, 334).

7. On a toutefois beaucoup discuté à ce propos. La controverse portait sur la situation faite au locataire quant à la preuve des faits énoncés dans les art. 1733 et 1734. Les termes de la question débattue sont ceux-ci : le locataire est-il justifié quand il a prouvé qu'il n'a commis aucune faute, ou différemment la preuve du cas fortuit ou de la force majeure est-elle acquise juridiquement, par voie de conséquence nécessaire, par cela seul qu'il paraît impossible d'assigner au sinistre une autre cause quelconque, — ou, au contraire, le débiteur ne doit-il pas, sinon préciser et démontrer le fait spécial, fortuit ou de force majeure, qui a causé l'incendie, au moins rendre vraisemblable cette allégation au moyen de différentes circonstances accessoires propres à constituer la preuve par présomptions, ou même déterminer par les mêmes moyens la catégorie de cas fortuits à laquelle peut seule appartenir le fait auquel il faut rapporter la cause de l'incendie, encore bien que ce fait reste inconnu dans son indivdualité ?

On a énoncé qu'il se serait produit à l'occasion de cette controverse trois systèmes différents (V. *Code civ. ann. de Dalloz*, art. 1733, n° 30 et s. et *D. P.* 1867. 2. 89 note). Une étude attentive des autorités citees dans le débat conduit à reconnaître qu'il

Digitized by Google

n'y en a réellement que deux en présence à savoir : celui qui prétend que le débiteur n'a d'autre preuve à faire que de l'absence de faute, et celui d'après lequel cette justification est insuffisante, et qui veut encore qu'il prouve un des faits d'excuse déterminés par les art. 1733 et 1734, sauf à apporter plus ou moins de tempérament à la rigueur de cette preuve suivant les circonstances de la cause. Quant au système qui exigerait du preneur la preuve taxative d'un fait spécial déterminatif de l'incendie, celui en d'autres termes qui l'obligerait à en indiquer la cause propre et directe, spécifiée dans son individualité, je pense qu'il faut l'éliminer comme n'étant en réalité défendu par personne. C'est la proposition qu'il m'importe de justifier pour les besoin de ma démonstration, n'ayant d'ailleurs pas autrement à entrer dans le détail de la polémique qui ne touche que par ce côté au sujet de cette étude.

On a présenté comme ayant formulé ce système quelques auteurs et même des arrêts qui ne me semblent pas s'être proposé de mettre une telle doctrine en thèse de droit et dont l'opinion me paraît avoir été mal interprétée. Marcadé est celui qui a le plus insisté sur la nature et l'étendue de la preuve qui incombe au locataire ; son argumentation peut, à première vue, faire illusion ; mais on s'aperçoit bientôt qu'elle a surtout pour objet de combattre l'opinion d'après laquelle il suffirait au preneur de prouver qu'il est exempt de faute pour qu'il dût en découler comme conséquence nécessaire que le sinistre ne peut être attribué qu'au hasard. Sa réfutation ne va pas jusqu'à proposer la thèse diamétralement opposée. Il affirme, avec l'énergie et la vivacité qu'on lui sait, que ce n'est pas d'une simple preuve négative qu'il s'agit, mais d'une preuve positive de l'une des causes d'excuse limitativement admises par l'art. 1733. Sans doute le hasard, un cas fortuit est, en soi, une cause abstraite, ou, si l'on veut, c'est une catégorie de causes concrètes pouvant être attribuées au hasard, telles que la flammèche venue du dehors, le feu du ciel, un phénomène physique, ou chimique etc. ; ou bien encore un vice de construction quelconque. Le débiteur devra-t-il prendre dans ces catégories le fait spécial et précis qu'il attribue comme cause à l'incendie, en démontrer

Digitized by Google

l'existence, et, cela fait, prouver ensuite la relation directe et immédiate de cette cause avec l'incendie? Marcadé va-t-il jusque-là? Rien dans l'exposé de son opinion n'autorise à supposer que telle ait été sa pensée. Le criterium de sa doctrine est dans la doctrine qu'il combat : il ne va pas au delà de la réfutation de la théorie de MM. Duvergier et Troplong, et d'un arrêt de la Cour de Rouen du 16 janvier 1845 (*D. P.* 45. 2. 172; — *Sir.* 45. 2. 173. — Cf. Cass. 11 fév. 1834. *D. P.* 134. 1. 112) où la question est nettement posée : « Attendu que l'art. 1733 doit être entendu en ce sens, non que le preneur doit prouver directement et taxativement la cause de l'incendie, mais bien qu'il est impossible qu'une faute ait été commise, soit par lui, soit par ceux dont il est responsable; qu'en effet, par cela même que le preneur établit d'une manière inconstestable, par les circonstances, qu'il n'est pas en faute, il prouve indirectement, mais nécessairement, que l'incendie doit être attribué à l'une des causes énoncées dans l'art. 1733, que là s'arrêtent les exigences de la loi et *qu'il n'importe pas que le preneur prouve que c'est à telle cause plutôt qu'à telle autre que doit être attribué l'incendie,* pourvu que cette cause soit l'une de celles qui sont énoncées dans l'article précité. » — « Non, dit Marcadé, ce n'est pas une simple preuve négative de l'absence de faute que la loi demande ici, c'est la preuve positive de l'une des trois causes précisées dans l'article. » Rapprochant cette affirmation de celle de l'arrêt il faut en conclure que le locataire devra prouver que c'est à telle cause plutôt qu'à telle autre que doit être attribué l'incendie; il choisira entre ces causes et établira les circonstances propres à justifier son choix. Mais il restera à apprécier quelle est l'étendue de son obligation, quelle est la force probante des circonstances qui pourront être admises comme suffisant à établir soit un cas fortuit, soit un vice de construction, enfin dans quelle mesure il existe une relation probable de ces circonstances avec l'effet produit. C'est l'affaire du juge.

Zachariæ, que Marcadé cite à son appui, se contente de reproduire, sans commentaire, les termes de l'art. 1733. Ses annotateurs, MM. Massé et Vergé (t. 4, § 702, note 10), après avoir constaté que les cas fortuits n'étant pas déterminés par la loi sont

Digitized by Google

laissés à l'arbitrage du juge, se bornent à dire que le locataire qui les invoque doit assigner une cause positive à l'incendie ; « il ne suffit pas qu'il établisse par des indications générales que le sinistre ne peut être imputé à son fait et à sa négligence, et qu'il avait pris toutes les précautions nécessaires pour prévenir les accidents. » Leur système, comme celui de Marcadé, se réduit à réprouver la théorie de l'arrêt de Rouen.

MM. Aubry et Rau combattent également cette théorie (t. IV, p. 485, note 22). Enfin quant à Duranton (t. 17 n° 104) et à Toullier (t. 11, nos 161 et 162), Marcadé dit qu'ils semblent être de son avis, mais qu'ils ne s'expliquent pas nettement.

Il faut donc rayer tous ces auteurs de la liste de ceux qui exigeraient la preuve directe de la cause taxative et spéciale de l'incendie. Il n'y en a pas d'autres, et ce système ne trouverait plus guère à invoquer qu'un considérant isolé d'un arrêt de Grenoble du 21 janvier 1852, où on lit qu'il ne suffirait pas que des faits établis il résultât *une présomption* de cas fortuit ou de force majeure, ces faits ne sauraient être accueillis parce qu'ils ne fourniraient nullement la preuve imposée au locataire que l'incendie ne peut être attribué qu'à une de ces causes et qu'il est impossible de supposer et de présumer qu'il ait été le résultat d'une imprudence restée inconnue. » (*D. P.* 54. 1. 56). Mais ce considérant, qui n'est relatif qu'à l'appréciation, au point de vue de l'admissibilité de la preuve, des faits articulés dans l'espèce, ne saurait être pris pour une déclaration de principe; une doctrine moins absolue est même professée dans d'autres attendus. C'est un arrêt d'espèce [1].

Quant au système combattu par les auteurs cités plus haut, il s'appuie sur les autorités suivantes : Taulier, t. 6, p. 244; Troplong, *Louage*, nos 281 et s.; Duvergier, contin. de Toullier, *Louage*, t. 1, n° 435; Boileux, t. 6, p. 76 ; Guillouard, *Louage*,

[1] On pourrait en dire autant de ceux de l'arrêt de Rouen précité qui après avoir péremptoirement proclamé la théorie de l'absence de faute, en fait ensuite une application beaucoup moins rigoureuse. Partant de points si extrêmes, ces deux arrêts se rapprochent en définitive en décidant tous deux que le juge du fait a une grande latitude pour apprécier les circonstances qu'ils devront admettre comme constituant l'un des moyens de justification accordés au débiteur.

Digitized by Google

t. 1er, p. 281; Dalloz, *Jurisp. Gén.*, vo *Louage*, nos 362 et s. et note; no 378; Laurent, t. 25, nos 279 et s.; Larombière, article 1148, no 14; Baudry-Lacantinerie, t. 3, no 685, V. enc. Dal.. C. *C. annoté*, art. 1733 no 32; Sirey, tables 1870-80, vo *Incendie* nos 1 et s. et Sirey, 1884. 1. 33 à la note. Cf. Proudhon, *Usufruit*, no 1552. Trib. de la Seine, 23 déc. 1885; *Gaz. Trib.*, 18 janvier 1886.

Le système intermédiaire, fondé sur des décisions purement d'espèces, se rapproche plus ou moins des deux autres, mais en principe il se confondrait plutôt avec celui de Marcadé. S'il n'est pas nécessaire que le preneur prouve la cause précise de l'incendie, il ne suffit pas non plus qu'il établisse qu'il a pris ou prend d'ordinaire toutes les précautions de la prudence la plus attentive et que, par ainsi, il est exempt de faute; il doit faire plus: il faut qu'il établisse, au moins d'une manière positive, l'impossibilité d'admettre une autre cause que le cas fortuit ou aûtre, mais sans qu'il soit indispensable que le cas fortuit soit déterminé individuellement; il faut seulement que la preuve étant administrée de certaines circonstances extrinsèques positives, il en résulte pour le juge la conviction qu'il existe un cas de cette nature, bien que son individualité reste ignorée ou incomplètement reconnue, et que sa relation avec l'incendie s'offre à la raison du juge avec la force de probabilité suffisante pour la satisfaire et constituer ainsi une présomption. (V. Dall. Per. 1886, 1, 409, Rapport de M. le com. Cotille et de M. l'av. gén. Chévrier). J'ai dit qu'à mon sens c'est à cela que se réduit la théorie de Marcadé. (V. les autorités citées dans Dall., *C. civ. ann.*, art. 1733, no 33, et dans Aubry et Rau, t. 4, p. 485, n. 22. Add. Rouen, 12 avril 1870 (*D. P.*, 72. 2. 33; Amiens, 10 avril 1877. *Sir.* 77. 2. 232; *D. P.* 78. 5. 310).

7. En résumé voici ce qui se dégage de l'analyse de cette controverse: d'après un système, celui qui paraît le plus accrédité, le preneur n'a qu'une preuve négative à sa charge, l'absence de faute, ce qui exclut l'idée qu'il ait même à indiquer la cause de l'incendie. « Que veut-on savoir après tout, dit Duvergier, résumant parfaitement ce point? Ce qui a causé l'incendie? Non; mais seulement si c'est par la faute du locataire qu'il est arrivé. »

Digitized by Google

(t. 18, p. 443). — Dans l'autre système, quelles que soient ses variétés d'applications, le locataire est tenu de faire connaître la cause probable de l'incendie et de justifier cette probabilité : c'est-à-dire qu'il doit indiquer des circonstances extrinsèques conduisant le juge à cette conclusion que l'incendie doit avoir été occasionné par un fait ayant le caractère de cas fortuit. C'est sur le plus ou le moins de précision des circonstances du fait allégué que se produisent des divergences entre les auteurs et les arrêts. Mais ce que nous avons à retenir de tous les éléments du débat, c'est que dans le système le moins favorable au débiteur, les plus rigoureux ne vont pas jusqu'à lui imposer l'obligation de déterminer la cause du feu, ni de déterminer le mécanisme de l'incendie. C'est la prémisse d'où découle dogmatiquement l'argumentation au cas spécial du commencement de l'incendie. Sans doute l'argument de texte suffirait à faire ressortir le sens qu'il faut donner à ces mots, et à préciser cette entité juridique, mais ce texte lui-même n'a été rédigé de la sorte que parce que ses auteurs ne voulaient dans aucun cas imposer au débiteur l'obligation de prouver la cause, origine et modalité du feu, le *comment* et le *où* il a été mis ; et s'ils ne l'ont pas voulu, c'est parce que cela n'était pas humainement possible. Si donc le preneur n'est pas astreint à cette preuve aux cas prévus par l'art. 1733, au nombre desquels est la communication de maison à autre, on ne peut raisonnablement comprendre pourquoi sa situation serait moins bonne lorsqu'il s'agit du commencement de l'incendie, c'est-à-dire, comme nous l'avons vu, de la communication d'appartement à autre.

8. J'ai dit que c'est la seule solution raisonnable, la seule conforme au bon sens dont notre législation est toujours l'expression, puisqu'elle seule permet au locataire de faire une preuve humainement possible. Le législateur ne pouvait vouloir faire dépendre sa libération que d'une preuve dont il pût trouver et réunir les éléments existant encore après la destructionde la chose.

Or il s'agit, en ce qui concerne le point initial du feu, d'un fait qui, dans la plupart des cas, n'a pas de témoins, dont la nature et l'individualité a été détruite par l'incendie, que le locataire eût certainement empêché s'il se fût révélé à lui par

Digitized by Google

quelque signe extérieur; d'un fait, en un mot, qui, à cause de tout cela, revêt les apparences d'un accident dû au hasard, bien qu'en raison pure et d'une façon absolue, il ne puisse d'ordinaire procéder que d'une imprudence, d'une négligence ou d'un défaut de vigilance.

Il est une considération, que j'ai déjà indiquée et sur laquelle il faut revenir parce qu'elle a ici son importance, c'est qu'il s'agit, au cas qui nous occupe, d'une simple constatation de fait, indépendante de toute idée de faute, de la constatation d'un fait simplement libératoire, et non d'un fait générateur d'une créance. Entre les deux locataires il n'y a aucun lien de droit. L'un n'a pas à prouver que l'autre, chez qui l'incendie a commencé, en est l'auteur, pas plus qu'il n'a à le prouver au cas de communication de la maison voisine. Il lutte pour échapper à la responsabilité, nullement pour démontrer que son voisin seul l'a encourue ; en se justifiant il n'en rejette pas pour cela nécessairement le fardeau sur lui. Sa preuve est dirigée contre le créancier et n'a d'autre objet que sa libération. Si donc il n'a pas à prouver la faute de l'autre locataire, il n'a pas à faire connaître la cause du feu ; les deux faits sont corrélatifs, car il ne pourrait prouver la faute qu'en prouvant la cause, puisque la faute n'est qu'un attribut de la cause : l'effet, l'incendie, ne constitue une faute que lorsque la cause est délictuelle, à raison des conditions dans lesquelles le feu a pris et il ne devient nécessaire d'établir la cause qu'autant qu'il doit en résulter la preuve d'une faute pour servir de fondement à une créance. Quant au point de savoir lequel du bailleur ou du locataire restant, devra subir en définitive la perte, c'est affaire à régler entre eux ; le locataire justifié n'a rien à y voir. Dénoncé comme débiteur apparent, par cette circonstance que l'incendie a commencé chez lui, le second locataire pourra encore invoquer tel moyen qu'il écherra pour échapper à son tour à la responsabilité, comme le cas fortuit ou le vice de construction, et, quoique la présomption qui pèse désormais sur lui rende sa tâche difficile, il n'est pas perdu sans ressource. Est-t-il même bien vrai de dire qu'une présomption pèse sur lui? Il n'y a en réalité de prouvé contre lui que ce seul point, à savoir que l'incendie a commencé chez

Digitized by Google

lui, et sa situation est identique à celle du locataire unique dont s'occupe l'art. 1733, et auquel il accorde trois moyens de justification. Personne ne conteste que chacun des locataires de l'article 1734 ne jouisse du même avantage. Bien plus, il peut prouver contre son co-locataire que s'il est vrai que l'incendie a commencé chez lui, la cause, c'est-à-dire le principe du feu, en était chez ce voisin et que c'est là qu'il a pris naissance. Et cette démonstration il pourra et devra la fournir aussi bien lorsque l'on saura d'évidence où l'incendie a commencé que lorsque, la chose étant d'abord incertaine, le premier locataire aura été dans l'obligation de dissiper l'incertitude. Tel était le cas dans l'espèce de l'arrêt que nous avons rapporté. Le locataire Depraëtre avait à prouver que l'*incendie* avait *commencé* chez Daugeard, et celui-ci, pour détruire cette preuve, devait démontrer que le *feu* avait *pris* chez son voisin.

Cette distinction entre le commencement de l'*incendie* et la cause ou l'origine du *feu*, donnait la solution du litige là où le tribunal n'avait vu que le doute sur la cause rendant cette solution impossible. Son erreur, reconnue par la Cour, a été, suivant nous, de ne pas tenir compte de la situation respective des parties et de la différence des faits que cette situation les obligeait à prouver, et enfin des conséquences également différentes en droit que comportent les faits acquis. Depraëtre ayant démontré que l'incendie avait commencé chez Daugeard, il avait fait sa preuve et la conséquence juridique était sa libération, à moins que celui-ci ne prouvât que le feu avait eu son origine chez son voisin, auquel cas le feu lui ayant été communiqué, c'est lui qui était justifié. L'exactitude de cette solution se vérifie d'elle-même. Supposons en effet que le lieu où a commencé l'incendie soit un fait d'évidence telle que le locataire chez qui il n'a pas commencé n'ait même pas à le démontrer, dira-t-on que malgré cela il ne sera pas libéré à moins qu'il ne prouve la cause de l'incendie, parce qu'il resterait douteux si le feu n'a pas pris chez lui? Qui ne voit que pour le maintenir dans les liens de son obligation il faudra précisément prouver contre lui ce fait nouveau ou effacer une partie de l'art. 1734? En quoi donc cette situation diffère-t-elle du cas où l'un des locataires a admi-

Digitized by Google

nistré la preuve que l'incendie a commencé chez son voisin ?

Ce qui fait ressortir encore l'exactitude de cette distinction, c'est que si l'un des locataires, non content de se justifier envers son bailleur, prétendait en outre se faire indemniser par son voisin chez qui l'incendie a commencé, du préjudice qu'il a personnellement subi, la connaissance du commencement de l'incendie deviendrait inopérante, car il ne s'agirait plus de la libération d'une dette contractuelle, mais de l'acquisition d'une créance quasi-délictuelle, dans les termes de l'art. 1382, aucun lien de droit n'existant entre les deux co-locataires. C'est donc à celui des deux qui se prétend créancier de l'autre à établir sa créance, car elle ne résulte pas du simple fait que l'incendie aurait commencé chez le prétendu débiteur; il faut prouver sa faute, seul principe de sa dette. Mais c'est alors que pour l'établir le demandeur aurait à déterminer la cause de l'incendie, et à prouver que cette cause est délictuelle. Vis-à-vis de son co-locataire sa situation n'est pas différente de ce qu'elle serait vis-à-vis de l'occupeur de la maison voisine d'où l'incendie aurait été communiqué. C'est lorsque l'incendie a commencé chez lui qu'il lui est surtout utile de prouver la communication du feu, c'est-à-dire qu'il a eu en réalité son point de départ dans la maison voisine, car s'il avait éclaté chez le voisin de façon à être vu de tous, il n'aurait pas à prouver une communication qui serait d'évidence et il serait ainsi justifié.

9. Du fait connu que l'incendie a commencé dans un endroit le sens commun tire cette conséquence que le feu doit y avoir été mis; de l'effet constaté, l'incendie, il induit la cause, la mise en contact du feu. C'est en effet ainsi que les choses se passent assez habituellement. Acceptant le fait dans les mêmes termes le législateur l'a établi comme présomption de droit dans l'art. 1734, « *præsumptio ex eo quod plerumque fit.* » Mais il ne l'a admis que jusqu'à preuve contraire, ainsi que toutes les présomptions simples (*juris tantum*). La loi ne demande pas autre chose au locataire que de faire connaître le lieu où l'incendie a commencé; c'est une preuve directe et la présomption de la loi la complète. Ce n'est pas à dire qu'il soit indifférent pour le juge de confirmer cette présomption par d'autres circons-

Digitized by Google

tances accessoires du fait principal, s'il s'en rencontre; d'ajouter des présomptions de fait à la présomption de droit. Les circonstances accessoires, constituant une preuve indirecte, seraient le plus souvent à elles seules insuffisantes en l'absence de la preuve directe du commencement de l'incendie, ou tout au moins elles seraient balancées par d'autres indices et le doute se produirait. Mais elles sont également inefficaces pour détruire cette preuve directe, lorsqu'elle existe, ou même pour produire le doute. En venant au contraire s'ajouter à elle, elles la confirment et lui procurent un degré de certitude de plus qui n'est point sans valeur puisque la présomption simple que le feu a été mis là où il est prouvé que l'incendie a commencé peut être détruite par la preuve contraire que le feu a été effectivement mis ailleurs, et que cette preuve peut résulter de présomptions de fait laissées à la prudence du juge.

Mais tant que cette preuve n'est pas faite, peu importe que le feu ait pu naître ailleurs, puisqu'on l'ignore, et que l'on n'a même pas de fortes raisons de le présumer. Ce n'est plus qu'une hypothèse, tandis que l'on tient une certitude : pourquoi n'en tenir aucun compte? pourquoi, sur une simple supposition et parce qu'il serait possible, non pas même vraisemblable, que les faits se fussent passés autrement, laisser de côté la preuve faite, alors que la présomption légale dispense de toute autre preuve celui au profit duquel elle existe (art. 1352)? Il faudrait au moins une présomption de fait contraire, parce qu'elle est une preuve et que le doute est la négation de la preuve. Il faut donc s'en tenir au seul fait tangible et incontestable; tout le reste n'est qu'hypothèse et ne saurait servir de base à un jugement au sens philosophique du mot. Toute explication qui n'est pas contenue dans les faits ou n'en découle pas directement doit être écartée comme une cause de perturbation possible pour l'esprit, d'illusion, d'erreur, un obstacle à une décision ferme sur la solution du litige, but de toute action judiciaire.

Ce serait donc aller à l'encontre de la preuve faite et de la conséquence qu'en tire la loi que de neutraliser l'effet de cette preuve en lui opposant la possibilité d'un fait différent. Ce n'est pas à dire que ce fait ne puisse être prouvé; mais encore faut-il

Digitized by Google

qu'il le soit pour que le juge en puisse faire état. C'est à la partie adverse à l'établir en preuve. Le lieu où a commencé l'incendie étant constant, c'est à celui chez qui ce fait s'est produit, s'il veut s'exonérer des conséquences légales qui en découlent, à prouver que le feu lui est venu du dehors en déterminant à son tour la cause de l'incendie, c'est-à-dire l'un des faits justificatifs des art. 1733 et 1734.

Cette preuve peut être administrée par les moyens ordinaires, même par les présomptions, dans les conditions d'ailleurs que nous avons reconnu plus haut : d'où la conséquence que l'appréciation des circonstances propres à établir ce genre de preuve est laissé aux lumières et à la prudence du magistrat, et qu'il peut suffire que le fait allégué soit rendu vraisemblable pour former dans sa conscience une conviction. Tout imparfait que soit ce genre de preuve, il n'en constitue pas moins pourtant une preuve suffisante dont l'effet peut être de détruire complètement celle résultant du commencement de l'incendie. Mais aussi il est indispensable qu'elle ait l'efficacité nécessaire pour produire un tel effet, et, pour cela, il ne suffit pas que les circonstances relevées fassent naître un doute; car, tant que ce doute existe, il se tourne contre celui qui avait pour devoir légal de le dissiper, tandis qu'au contraire celui qui a fait la seule justification que lui imposait la loi doit conserver l'avantage de la position conquise.

E. DRAMARD.

Jugement du tribunal de Limoges, 31 décembre 1884.

« Attendu que des enquêtes prises dans leur ensemble, il résulte que c'est dans le voisinage du plafond séparatif des locaux Depraëtre et Daugeard que le feu s'est manifesté, et qu'il existait dans ce plafond des vides susceptibles de laisser passer des matières inflammables provenant du local de Depraëtre; qu'eu égard à cette dernière circonstance il est impossible d'affirmer que l'incendie a commencé chez Daugeard, quelle que soit d'ailleurs la gravité des indices révélés en ce sens par l'information. — Que les autres données de l'information interdisent pareillement d'affirmer que l'incendie a commencé chez Depraëtre, de

Digitized by Google

sorte qu'il y a doute relativement aux allégations contradictoires de Depraëtre et de Daugeard sur l'origine de l'incendie. »

Arrêt de la Cour d'appel de Limoges, 18 janvier 1886.

« Sur l'appel de Dapraëtre : — Considérant que pour échapper à la responsabilité qui lui incombait aux termes des art. 1733 et 1734 du Code civil, par suite de l'incendie de la maison qui lui était louée pour partie, Depraëtre a offert de prouver que l'incendie avait commencé dans le local occupé par Daugeard, et que par jugement du 24 février 1884 il a été admis à faire cette preuve; que de son côté Dangeard a été autorisé par le même jugement à prouver que le feu avait commencé chez Depraëtre.

Considérant que l'appelant a rapporté la preuve à laquelle il avait été assujetti par ledit jugement; — qu'il résulte en effet des déclarations des 1er, 2e, 3e, 6e et 7e témoins de la contre-enquête, ouvriers employés par Daugeard qui ont vu le commencement de l'incendie, et particulièrement du sieur Pitout qui s'en est aperçu le premier, que c'est bien dans l'un des ateliers de menuiserie de Daugeard que le feu s'est manifesté tout d'abord; que ces témoins sont tous d'accord pour déclarer qu'au moment où ils rentraient pour reprendre leur travail, après leur repas, vers une heure et demie, ils ont aperçu le feu qui brûlait le papier cloué du côté de ses ateliers au plancher qui les séparait de ceux de Depraëtre situés au-dessus; qu'ils ont vainement chercher à l'éteindre, en faisant tomber avec leurs règles le papier enflammé, mais qu'il s'est propagé avec une grande rapidité, et que l'intérieur de la pièce où il s'était déclaré a été en quelques instants envahi par les flammes; que c'est donc bien dans l'une des pièces occupées par Daugeard que l'incendie a commencé.

Considérant que celui-ci soutient, il est vrai, que le feu, bien qu'il se soit manifesté tout d'abord dans un local par lui occupé, a pu provenir de l'étage supérieur loué à Depraëtre, ayant pris naissance soit dans le bois du plancher en mauvais état, soit dans les détritus ou poussières graisseuses qui s'y trouvaient au moyen d'une braise ou charbon tombé du poële ou tout autrement, mais que rien de semblable n'a été prouvé par les enquêtes; qu'aucun des ouvriers qui ont vu la flamme dans le papier n'a dit avoir vu le bois ou les détritus brûler en même temps;

Digitized by Google

— Que cette supposition se trouve d'ailleurs écartée par d'autres données de l'information; que d'une part en effet il résulte des dépositions des 6e, 8e, 9e, 13e et 16e témoins de l'enquête directe qu'il n'y avait encore que de la fumée dans le local de Depraëtre alors que la flamme avait déjà pris beaucoup d'intensité au 2e étage, chez Daugeard; — Que d'un autre côté plusieurs témoins de la même enquête, et notamment les 6e, 7e, 11e, 13e et 14e déclarent que le poële de l'étage supérieur n'avait été allumé que le matin jusque vers neuf ou dix heures; qu'ils s'était éteint de lui-même, n'étant que très peu chauffé; qu'il était d'ailleurs établi de telle sorte, suivant la déposition du fumiste Paganetti, que les charbons ne pouvaient pas se répandre sur le plancher; — Qu'enfin il est établi par les enquêtes que, tandis que les ateliers de Depraëtre étaient d'ordinaire, et le jour même de l'incendie, très peu chauffés, on allumait au contraire dans les ateliers de menuiserie de Daugeard un feu assez vif, rendu nécessaire par les travaux qui s'y faisaient, pour le placage et la préparation des colles; — Qu'on avait si bien compris qu'il y avait là un danger d'incendie, que lorsqu'on avait placé du papier au plafond, on avait eu le soin d'éviter, ainsi qu'en a déposé le 7e témoin de la contre-enquête, d'en mettre partout, et notamment à proximité de la cheminée, du moins dans une des pièces, et qu'aussi, par la même raison, le contre-maître était dans l'habitude de rester dans les ateliers et d'y manger, lorsque les autres ouvriers s'absentaient pour leur repas, et cela afin d'y exercer une surveillance qui, ce jour-là, avait fait défaut, le contre-maître ayant été appelé ailleurs.

Considérant qu'encore bien qu'il n'y ait pas à rechercher comment le feu aurait été mis, mais seulement où il a commencé, les circonstances qui viennent d'être rappelées n'en doivent pas moins être retenues comme des indices graves établissant où le feu a dû éclater. — Considérant que de l'ensemble de tous ces faits il résulte une preuve suffisante que l'incendie a commencé non dans les locaux de Depraëtre, mais dans ceux occupés par Daugeard; d'où la conséquence que Depraëtre ayant fait la preuve à laquelle il était assujetti par l'art. 1734 du C. C. doit être affranchi de toute responsabilité. »

Digitized by Google

QUELQUES RÉFLEXIONS A PROPOS DU PROJET DE LOI RELATIF AUX COURS D'APPEL COMMERCIALES,

Par M. Francis CAMBUZAT, Docteur en droit, ancien magistrat.

La Chambre des députés a été saisie il y a plus an d'une proposition de la loi tendant à la création de Cours d'appel commerciales [1]. Sans nous préoccuper du sort que les vicissitudes de la politique lui réservent, nous nous proposons de l'examiner ici brièvement au point de vue purement juridique.

A priori, il peut paraître pour le moins assez étrange, au moment où il est question de réduire les frais de justice et même de restreindre le nombre des tribunaux, de venir proposer la création d'une nouvelle juridiction dont jusqu'ici le besoin ne s'était nullement fait sentir. Il faut pour cela des raisons bien puissantes, et nous les avons vainement cherchées dans l'exposé des motifs de la proposition de loi qui nous occupe.

Cet exposé débute par une analyse des dispositions de la loi relatives à l'élection des juges de commerce et un éloge quelque peu enthousiaste de la juridiction consulaire, éloge sur lequel il y aurait, suivant nous, bien des réserves à faire [2]. Qu'il nous suffise de faire remarquer que, depuis la loi du 8 décembre 1883 qui a rétabli ou à peu près le suffrage universel des commerçants patentés pour l'élection des juges consulaires, le nombre des votants a considérablement diminué. La plupart des électeurs, surtout dans les villes d'une importance secondaire, se désintéressent du scrutin, laissant ainsi arriver aux fonctions judiciaires des commerçants pour le moins profondément incapables. C'est ce qui explique qu'on ait vu souvent, même sous l'empire du suffrage restreint où ces inconvénients existaient à un degré bien moindre, les commerçants sérieux manifester hautement leurs préférences pour la juridiction des tribunaux civils, soit en s'opposant à la création d'un tribunal de commerce dans leur arrondissement, soit même en réclamant la suppression de celui qui existait déjà.

[1] Proposition déposée dans la séance du 29 décembre 1885 par MM. Félix Faure et autres.

[2] Les auteurs font cependant observer avec une entière bonne foi, que la juridiction commerciale n'existe ni en Angleterre, ni aux États-Unis, pays commerçants par excellence; il en est de même en Hollande, en Espagne, en Suède et au Brésil.

Digitized by Google

Les auteurs de la proposition font valoir l'antiquité de la juridiction commerciale. Nous n'y contredisons pas, mais cet argument historique nous paraît sans valeur réelle dans l'état actuel du commerce et de l'industrie. On comprenait sans peine l'institution d'une juridiction spéciale sous un régime économique où le commerce n'était que l'apanage d'un certain nombre de personnes, où tout commerçant devait appartenir à une corporation soigneusement fermée à tous ceux qui n'étaient pas du métier, corporation qui avait ses usages et ses règles propres que ses membres seuls pouvaient connaître. Aussi conservait-on dans ces conditions l'établissement de juridictions spéciales qui, vu la diversité des coutumes qui régissaient les diverses provinces de France et la multitude des corporations, pouvaient seules trancher en connaissance de cause les différends qui s'élevaient entre commerçants. Il n'en est plus de même aujourd'hui où, les corporations ouvrières ayant été abolies, le commerce et l'industrie sont accessibles à tous, et où la promulgation d'un Code de commerce uniforme a singulièrement facilité à tous la connaissance de la législation et des usages commerciaux.

Les tribunaux de commerce, ajoutent les auteurs de la proposition, jugent en fait et en équité, presque jamais en droit; ils sont, en outre, plus familiarisés que les tribunaux ordinaires avec la langue des affaires. C'est là une objection qui n'est rien moins que fondée; car le développement du commerce et de l'industrie, l'extension considérable des sociétés financières, industrielles et commerciales ont fait surgir dans les litiges soumis aux juridictions consulaires, surtout dans les grandes places de commerce, une foule de questions de droit qui ont donné lieu à de nombreux arrêts de cassation et dont les juges de commerce eux-mêmes ne peuvent se désintéresser. Quant à prétendre que ceux-ci soient plus familiarisés que les juges civils avec la langue des affaires, c'est là un argument sur lequel les auteurs eux-mêmes ne paraissent pas insister, puisqu'ils reconnaissent qu'en fait les affaires commerciales soumises aux tribunaux ordinaires ne sont ni plus mal ni moins rapidement jugées que celles soumises aux tribunaux de commerce.

Ceci posé, arrivons à la proposition en elle-même, à savoir la

Digitized by Google

création de Cours d'appel spéciales chargées de connaître des décisions des tribunaux de commerce. La législation actuelle, qui soumet les appels des jugements consulaires à la juridiction des Cours d'appel judiciaires, constitue, disent M. Faure et ses collègues, une grave anomalie. « Le plaideur, ajoutent-ils, ne jouit « plus en dernier ressort des avantages incontestables que lui a « donnés en première instance l'existence d'une juridiction spé- « ciale, et c'est précisément lorsque ses plus graves intérêts « sont en jeu qu'il en est privé. La juridiction consulaire, bonne « pour les petits procès, est écartée quand il s'agit de statuer « définitivement sur les affaires importantes. Il faudrait cepen- « dant se décider : ou bien la juridiction commerciale est mauvaise, « et alors il faut l'écarter en première instance comme en appel ; « ou bien elle a des avantages, et il faut en faire bénéficier les « commerçants à tous les degrés. — Mais, dans le système actuel, « on assiste à cet étrange spectacle qu'un tribunal jugeant en « droit connaît des appels d'un tribunal jugeant en équité. »

Sans insister sur les avantages assez contestables, suivant nous, de la juridiction commerciale, nous ferons remarquer que ces arguments ne paraissent pas avoir touché les rédacteurs du Code de commerce eux-mêmes ; car, lors de l'exposé des motifs présenté en 1807 au Corps législatif, l'art. 644 qui traite de l'appel des jugements des tribunaux de commerce ne paraît avoir fait l'objet d'aucune observation. De l'aveu des auteurs de la proposition, ce sont les affaires les plus importantes qui, seules, sont soumises à un deuxième degré de juridiction. Or ce sont généralement aussi celles qui, outre un intérêt pécuniaire ou commercial considérable, soulèvent souvent les questions juridiques les plus graves. Dans ces conditions, quoi d'étonnant que la connaissance en soit déférée à des magistrats dont la mission est de *dire le droit*, suivant l'expression si énergique de notre vieux droit français, et non à des juges spécialement institués pour juger en fait et en équité. Il n'y a rien là-dedans d'aussi étrange que le prétendent M. Faure et ses collègues, tandis qu'il serait bien plus anormal suivant nous, étant donnée l'institution des Cours d'appel commerciales, de faire juger par elles les appels des tribunaux civils jugeant commercialement, c'est-

Digitized by Google

à-dire de soumettre à des juges consulaires les décisions rendues par des magistrats appelés généralement à juger en droit. Et cependant une pareille anomalie n'a pas arrêté les auteurs de la proposition qui ont voulu être logiques jusqu'au bout, au risque de heurter les principes juridiques les plus solidement établis.

Comme dernier argument, M. Faure et ses collègues mettent en avant la question des frais de justice, des lenteurs de la procédure et des formalités judiciaires, toutes choses qui, paraît-il, se trouveront simplifiées comme par enchantement avec la création des Cours d'appel commerciales[1]. Dans leur désir d'innover et peut-être d'attacher leurs noms à une réforme législative, les honorables députés nous paraissent avoir oublié l'art. 648 et dernier du Code de commerce qui déclare la procédure des affaires sommaires applicable aux causes commerciales jugées par les Cours d'appel. Or cette procédure, réglementée par les art. 404 à 414 du Code de procédure, a uniquement pour but d'économiser les frais et d'accélérer la solution des affaires.

En ce qui concerne la composition même des Cours d'appel commerciales, les auteurs semblent se défier, à bon droit, suivant nous, de ce suffrage universel des commerçants qui leur a paru excellent pour composer les juridictions de première instance. L'art. 2 de la proposition n'admet en effet à élire les membres des nouvelles Cours commerciales que les membres et anciens membres des tribunaux de commerce, chambres de commerce et chambres consultatives des arts et manufactures du ressort. A leur tour, ces électeurs ne peuvent faire porter leur choix que sur les juges ou anciens juges titulaires ou suppléants des tribunaux de commerce ayant au moins six ans d'exercice. Ce sont là sans doute de sages précautions pour assurer un bon recrutement des Cours d'appel commerciales.

Mais la proposition renferme un art. 3 qui nous paraît battre fortement en brèche le principe même de la juridiction commerciale d'appel : « La Cour d'appel commerciale, dit cet article, « est présidée par un conseiller à la Cour d'appel ou un juge du

[1] Nous ne parlons pas des frais nécessités par la création même des Cours d'appel commerciales et dont s'occupe l'art. 8 de la proposition; c'est là une question budgétaire que nous n'avons point à traiter.

Digitized by Google

« tribunal civil désigné par le premier président de la Cour. » Que devient alors l'idée-mère de la proposition, à savoir que, les tribunaux de commerce jugeant ou devant juger en fait et en équité, l'appel doit, d'après l'exposé des motifs, être jugé dans le même esprit que la première décision et par une juridiction ayant la même origine ? Les auteurs ont voulu, disent-ils, que grâce à la présence du magistrat judiciaire, aucune question de droit ne passât inaperçue; ils sont donc forcés de reconnaître que dans les affaires qui, vu leur importance, sont soumises à un deuxième degré de juridiction, le juge doit se préoccuper du droit. Alors pourquoi ne pas les laisser juger purement et simplement par les Cours d'appel?

M. Faure et ses collègues ont pensé que, suivant un proverbe bien souvent mensonger, *du choc des idées et de la discussion jaillit la lumière.* N'est-il pas plutôt à craindre que, dans une Cour ainsi composée, on ne voie naître entre les magistrats consulaires et leur président un antagonisme préjudiciable à la bonne et prompte expédition des affaires? L'accord s'établira difficilement entre des juges imbus de principes aussi opposés. De deux choses, l'une; ou les magistrats consulaires se laisseront guider à peu près complètement par le président qui jugera en droit la plupart du temps, ou ils voudront annihiler son autorité en statuant presque toujours en fait et en équité. Dans les deux cas, le but de la loi ne sera point atteint [1].

Cependant, tout en repoussant l'idée de la création de Cours d'appel commerciales, nous ne verrions aucun inconvénient à modifier un peu la composition des Cours d'appel et des tribunaux civils de première instance, lorsque les uns et les autres, jugent commercialement. Prenant le contre-pied de la proposition de MM. Faure et autres, nous voudrions que la loi autorisât les Cours et tribunaux civils jugeant commercialement à s'adjoindre, soit d'office, soit sur la demande des parties, un ou deux assesseurs commerçants choisis sur une liste dressée au commencement de l'année judiciaire par le premier président de la Cour et le procureur général pour tout le ressort de la Cour

[1] Nous rappelerons ici que c'est pour éviter cet écueil que le Code de commerce n'a pas institué de ministère public près des tribunaux consulaires.

Digitized by Google

d'appel, Ces assesseurs prenant part à la délibération de la Cour ou du tribunal, avec voix consultative seulement, mais avec une autorité que des experts ordinaires ne peuvent avoir, auraient pour mission spéciale de renseigner les magistrats sur les questions techniques et les usages commerciaux qu'ils pourraient ignorer[1]. C'est ce qui a lieu d'ailleurs, disent les auteurs de la proposition eux-mêmes, en Autriche, en Hongrie et en Allemagne où des assesseurs commerçants sont adjoints aux juges ordinaires dans les instances commerciales.

Enfin la proposition que nous examinons ne se contente pas de créer des Cours d'appel commerciales dans les chefs-lieux de Cours d'appel judiciaires; elle veut, en principe, qu'il en soit établi une par département, afin de rapprocher le juge du justiciable! Nous n'insisterons pas sur ce luxe de juridictions nouvelles à une époque où, vu la facilité des communications, on serait au contraire plutôt tenté de demander la suppression d'un grand nombre de Cours et de tribunaux civils peu chargés d'affaires.

D'ailleurs, les auteurs de la proposition ont l'air d'avoir quelques doutes sur son efficacité, puisque, au lieu de rendre obligatoire la création de Cours d'appel commerciales dans chaque département, ils laissent au pouvoir exécutif la faculté de les établir, s'il le juge convenable (art. 1er).

En résumé, sauf ce que nous avons dit relativement à l'adjonction d'assesseurs commerçants, nous croyons que la création de Cours d'appel commerciales ne répond à aucun besoin sérieux au point de vue de la bonne et prompte expédition des affaires commerciales. Aussi faisons-nous des vœux pour que la Chambre des députés ne déroge pas à cet égard aux principes posés par le Code de commerce. FRANCIS CAMBUZAT.

[1] C'est ce qui se pratique, croyons-nous, en Algérie où des *assesseurs musulmans* sont adjoints aux magistrats des tribunaux français pour la décision des affaires indigènes.

L'Editeur-Gérant : F. PICHON.

Paris. — Imp. F. PICHON, 30, rue de l'Arbalète, & 24, rue Soufflot.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

DROIT INTERNATIONAL

(Décisions de 1886).

Par M. Chausse, professeur agrégé près la Faculté de droit de Montpellier.

Loi du 16 décembre 1874. — Article 21 du Code civil.

Un individu né en France de parents étrangers nés eux-mêmes sur notre territoire, est Français dès sa naissance; il ne peut cesser de l'être qu'en justifiant dans un certain délai et dans une certaine forme qu'il a conservé la nationalité d'origine de ses parents. L'art. 1er de la loi du 16 décembre 1874 est ainsi conçu : « Est Français tout individu né en France d'un étranger qui lui-même y est né, à moins que dans l'année qui suivra l'époque de sa majorité, telle qu'elle est fixée par la loi française, il ne réclame la qualité d'étranger par une déclaration, faite, soit devant l'autorité principale du lieu de sa résidence, soit devant les agents diplomatiques et consulaires de France à l'étranger, et qu'il ne justifie avoir conservé sa nationalité d'origine par une attestation en due forme de son gouvernement, laquelle demeurera annexée à la déclaration. »

Le Tribunal civil de la Seine et la Cour de Paris ont fait une sage application de ce texte en annulant une déclaration d'extranéité, faite par lettre missive, au nom de son fils, encore mineur, par le père de l'intéressé [1]. Il est évident que les conditions édictées par la loi de 1874 sont de rigueur, et c'est à tort que le tribunal de Bayonne a décidé, le 27 décembre 1882, que le tirage au sort à l'étranger pouvait suppléer à la déclaration d'extranéité et aux justifications prescrites. (V. les observations de M. Renault, *Revue critique*, 1883, p. 718).

Mais, dans l'espèce de l'arrêt que nous analysons, l'individu avait, après sa majorité, accompli le service militaire en Suisse, et il demandait son exemption de tout service en France par le motif qu'il avait perdu la qualité de Français en se faisant incorporer dans une armée étrangère sans l'autorisation du gou-

[1] Arrêt du 5 août 1886, *Journal du droit internat. privé*, 1886, p. 598.

Digitized by Google

vernement français (art. 21 du Code civil). La Cour n'a pas admis ce moyen, elle a pensé que la déchéance prononcée par l'art. 21 ne saurait soustraire l'individu à l'obligation du service militaire auquel il avait été soumis de plein droit par le seul fait de l'expiration de l'année qui a suivi sa majorité sans qu'il ait réclamé, dans les formes prescrites, la qualité d'étranger.

Cette théorie nous paraît inadmissible. Sans doute les personnes visées par la loi de 1874 ne peuvent à toute époque écarter la nationalité française. L'option ne peut être faite que dans l'année qui suit la majorité, faute de quoi la qualité de Français reste définitivement acquise; mais c'est en ce sens seulement que l'individu se trouve désormais dans la même situation que s'il était né de parents français. Sa condition ne saurait être différente de celle des Français d'origine. Or la qualité de Français se perd par l'incorporation dans une armée étrangère sans l'autorisation du gouvernement.

La décision de la Cour de Paris paraît se rattacher à une doctrine que nous trouvons formulée dans un arrêt de la Cour de Cassation du 19 août 1874 (Sirey. 1875. 1. 52), et d'après laquelle un individu soumis au service militaire ne pourrait acquérir une nationalité étrangère et se soustraire ainsi aux charges imposées par la loi française. Cette thèse s'analyse en une affirmation purement gratuite. Sur quoi peut-on se fonder pour édicter, à l'encontre de celui qui est tenu d'engagements militaires, une incapacité de changer de patrie, analogue à celle qui atteint le mineur et la femme mariée ? Mais si le changement de nationalité est valable, il faut reconnaître cependant que la dénationalisation n'ayant pas d'effets rétroactifs ne peut dégager l'ex-Français des obligations et des charges qui ont pris naissance antérieurement au changement de patrie. Sans doute l'individu ne pourra, à raison de son extranéité, être incorporé dans l'armée française, s'il revient sur le territoire; mais en s'affranchissant par un acte de sa volonté des charges militaires imposées par la loi française, il s'est rendu coupable du délit d'insoumission, et il sera passible des peines attachées à ce délit, tant que la prescription ne sera pas acquise à son profit. Cette prescription aura son point de départ au jour même où s'est réalisé le changement de nationalité.

Digitized by Google

Mineurs alsaciens-lorrains nés avant l'annexion.

Un individu né de parents français en Alsace-Lorraine antérieurement à l'annexion n'avait pas opté pour la France. Il prétendait néanmoins avoir la qualité de Français en se fondant sur la loi du 16 décembre 1874, et, s'appuyant sur l'art. 2 de cette loi, il demandait à contracter un engagement conditionnel d'un an. Sa prétention, repoussée par le préfet de la Seine, n'a pas davantage été accueillie par le tribunal civil qui a parfaitement établi que le réclamant ne se trouvait pas dans les conditions prévues par la loi de 1874 : « Attendu que, par l'effet des traités de 1871 qui ont séparé l'Alsace-Lorraine de la Frauce, Kuhf, père et fils, à défaut d'une option régulière, ont perdu la nationalité française, que Émile Kuhf n'est donc pas fils d'étranger, mais fils de Français qui a perdu la nationalité française et qui ne pouvait la conserver qu'à certaines conditions qui n'ont pas été remplies, qu'il est devenu lui-même étranger par l'effet des traités de 1871 et qu'il ne peut recouvrer sa nationalité d'origine que dans les formes prescrites par la loi française [1]. »

Ces motifs nous suggèrent une observation. Le tribunal semble dire que la solution eût été différente si Kuhf eût été fils d'étranger. Cela ne nous semble pas exact. Le réclamant n'aurait pas pu bénéficier des dispositions de la loi de 1874 en supposant qu'il fût né en Alsace-Lorraine de parents étrangers, nés sur le territoire français. En effet, cet enfant, ayant dès sa naissance la qualité de Français (Loi du 7 février 1851, art. 1er), eût dû subir, faute d'option, les conséquences du traité d'annexion. Nous estimons d'ailleurs qu'à l'inverse l'enfant né en Alsace-Lorraine de parents étrangers nés hors de France pourrait, malgré l'annexion, réclamer à sa majorité la qualité de Français en vertu de l'art. 9 du Code civil, parce qu'étant étranger dès sa naissance et ayant cette qualité au moment de l'annexion, le traité ne saurait l'atteindre. Cependant nous reconnaissons que cette solution peut soulever des doutes sérieux, si l'on attache un effet rétroactif à la déclaration d'option organisée par l'art. 9.

Dans l'espèce déférée au tribunal civil de la Seine, le réclamant sollicitait son admission sur les listes du volontariat d'un

[1] Trib. civil Seine 13 août 1886 ; *Pandectes françaises*, 1886. 2. 344.

Digitized by Google

an. Un seul moyen s'offrait à lui de jouir de cet avantage. Devenu majeur, il pouvait obtenir du gouvernement un décret de réintégration, conformément à l'art. 18 du Code civil, et après avoir recouvré la qualité de Français, il était en droit de souscrire l'engagement avant de participer aux opérations du tirage au sort. La circulaire du ministre de la guerre du 14 juin 1878 contient, en effet, la disposition suivante : « Jouissent également de la faculté de souscrire l'engagement conditionnel d'un an avant le tirage au sort, les Français ayant perdu cette qualité, qui la recouvrent en vertu de l'art. 18 du Code civil. »

Sur la situation des mineurs Alsaciens-Lorrains *nés depuis l'annexion*, consulter un article de M. Chavegrin, dans le *Journal du droit international privé*, année 1885, p. 173.

Naturalisation. — Divorce. — Compétence.

Deux Français contractèrent mariage en France; un jugement de séparation intervint ensuite, puis le mari se fit naturaliser suisse avec l'agrément du gouvernement français, il obtint en 1877 du tribunal de Winterthur un jugement de divorce et contracta un second mariage dans sa nouvelle patrie; des enfants naquirent de cette seconde union. Devant le tribunal de Dieppe, des collatéraux du mari contestèrent la légitimité de ces enfants en se prévalant de la nullité du divorce et du second mariage. Le tribunal a repoussé leur prétention, par jugement du 27 mai 1886 [1].

La question soulevée est complexe. Nous l'examinerons en elle-même; nous aurons ensuite à résoudre les difficultés de compétence qui s'y rattachent.

1° Le divorce et le second mariage sont-ils valables au regard de la loi française? Rappelons que, d'après les principes de notre législation, la naturalisation acquise à l'étranger par le mari ne modifie pas la nationalité de la femme, qui reste Française. De là, la question de savoir quelles sont, relativement à la faculté de divorcer, les conséquences de cette naturalisation unilatérale. Ce point est fort discuté. (Voir en sens divers, *Journal de droit international privé*, 1877, Labbé, p. 5; Lehr, p. 114).

[1] *La Loi* numéro du 5 novembre 1886.

Digitized by Google

Nous avons soutenu que le mari pouvait bénéficier de son nouveau statut personnel et demander le divorce, quoique la femme ne pût pas provoquer la rupture du lien conjugal. (Voir *Revue critique*, 1886, p. 691). Nous persistons dans cette opinion. Mais le divorce une fois prononcé, à la requête du mari, par les tribunaux de sa nouvelle patrie, quels seront ses effets en France? A notre avis, une distinction s'impose. Au regard de toutes personnes autres que la femme, le divorce, s'il a été prononcé par un juge compétent, doit être tenu pour valable; nous reconnaissons, en effet, au mari le droit de se prévaloir des dispositions de son statut personnel; or le droit de divorcer se rattache à ce statut. Les conséquences de la dissolution du mariage par le divorce doivent être acceptées, comme le seraient les conséquences de la dissolution par la mort. Les collatéraux du mari, et généralement les tiers, quels qu'ils soient, ne sont pas recevables à se plaindre et à prétendre que leurs droits sont lésés par le second mariage, qui a suivi le divorce, et par l'existence d'enfants nés de ce mariage, car la nouvelle union est tout aussi valable que si elle avait été contractée par le mari après le décès de son conjoint. Ce mariage étant parfaitement licite, le ministère public ne serait pas fondé à poursuivre le mari pour crime de bigamie.

Mais, en ce qui concerne la femme, la situation n'est pas la même. Le jugement de divorce ne lui est pas opposable. En effet ce jugement ne peut lui bénéficier pour lui permettre de contracter un second mariage, il est logique qu'il ne puisse lui nuire. En ce qui concerne la femme, le mariage n'a pas cessé d'exister, et, tant que son mari est en vie, elle est en droit d'exiger qu'il ne soit porté aucune atteinte aux avantages que lui assure soit la loi, soit son contrat de mariage.

En définitive, le mariage est valable en soi, mais il n'est pas opposable à la femme, et celle-ci, en face de cette seconde union se trouve placée dans une situation analogue à celle que prévoit l'art. 337 du Code civil, dans une hypothèse assez différente de la nôtre, mais qui pourtant offre avec elle plusieurs points de ressemblance. Dans l'espèce sur laquelle le tribunal de Dieppe avait à statuer, la première femme n'étant pas partie dans l'instance, les magistrats n'ont pas eu à rechercher quelles

Digitized by Google

seraient à son égard les conséquences du second mariage.

2° La nouvelle union est valable, et les enfants qui en sont issus sont légitimes, mais c'est à la condition que le jugement de divorce ait été prononcé par un juge compétent. Le tribunal suisse avait-il qualité pour statuer? Nous répondons : oui, si les époux n'étaient pas séparés de corps au moment de la naturalisation du mari, non, dans l'hypothèse contraire.

Dans le premier cas, les tribunaux suisses sont compétents pour prononcer la rupture du lien conjugal parce que la femme, malgré la naturalisation de son mari, n'a pas d'autre domicile que celui de son conjoint. Le changement de nationalité n'a pas fait cesser l'obligation de cohabitation, or c'est sur ce devoir qu'est fondée la décision de l'art. 108 du Code civil.

Dans le second cas, nous estimons que le tribunal suisse n'était pas compétent pour prononcer le divorce; parce que la femme, après la séparation, a pris et conservé en France un domicile distinct de celui de son mari. Sans doute la femme est, aux yeux de la loi suisse, domiciliée dans ce pays, parce que la jurisprudence fédérale ne reconnaît pas les effets du jugement de séparation de corps prononcé en France; elle considère cette institution comme une source de désordres et de scandales; mais qu'importe, la France n'est pas tenue de subir par contre coup la décision du législateur étranger; notre législation ne peut reconnaître le nouveau domicile que dans les cas où cette acquisition est conforme à sa propre loi, et qu'aux termes de la même loi, l'ancien domicile français sera considéré comme n'existant plus; le domicile acquis à l'étranger suivant la loi locale ne peut faire cesser les effets du domicile acquis et conservé en France, parce que la loi étrangère ne peut produire en France des effets contraires à la loi française.

Le tribunal de Dieppe ne s'est pas préoccupé de cette difficulté. Il a admis que les tribunaux suisses étaient compétents, par ce motif qu'aux termes de la loi fédérale du 3 juillet 1876, art. 3, la naturalisation du mari implique celle de la femme, et que, la naturalisation étant un acte de souveraineté, on ne saurait en discuter la validité et les effets sans porter atteinte à une souveraineté qui s'est exercée dans la plénitude de son droit. Ce raison-

Digitized by Google

nement a été bien des fois réfuté, et nous n'insisterons pas. La législation suisse a bien le droit de décider que la femme acquiert la nouvelle patrie et le nouveau domicile de son mari, mais elle n'a pas qualité pour décider qu'au regard de la loi française elle aura perdu sa nationalité et son domicile d'origine.

Le conflit de compétence que nous venons d'examiner naît de ce que chacune des législations ainsi mises en présence ne s'arrête qu'aux règles promulguées par elle. On peut se demander si pour résoudre un tel conflit il ne conviendrait pas, soit de donner la préférence au domicile le plus ancien, soit de s'attacher au domicile réel plutôt qu'au domicile légal. Ce serait conforme à l'esprit du traité franco-suisse de 1869 qui attribue compétence aux *juges naturels* du défendeur.

Crime commis en France par un étranger. — Jugement rendu à l'étranger. — Autorité en France.

Un individu de nationalité belge commet un crime en France, il est condamné par contumace et s'enfuit dans son pays d'origine; l'extradition demandée au gouvernement belge est refusée, et le tribunal correctionnel de Bruxelles prononce une condamnation à une année d'emprisonnement. A l'expiration de sa peine, l'individu revient en France, il est traduit devant la Cour d'assises de Seine-et-Oise, et, le jury ayant rendu un verdict affirmatif modéré par une déclaration de circonstances atténuantes, la Cour condamne l'accusé à la peine d'une année d'emprisonnement, mais décide que cette peine se confondra avec celle qui a été subie en Belgique [1].

Cette décision est satisfaisante en équité, mais elle nous semble difficile à justifier en droit. Il est admis en jurisprudence (voir notamment Cass. 11 septembre 1873, S. 1874. 1. 335) que l'action publique à raison d'un crime commis en France ne peut être éteinte par une sentence émanée d'une juridiction étrangère. L'Etat sur le territoire duquel l'infraction a été commise est directement intéressé à la répression, et son droit de juridiction ne peut pas être paralysé par l'existence d'un jugement étranger, qui peut ne pas lui offrir des garanties suffisantes. En effet la difficulté de réunir les moyens de preuve, et surtout le peu d'intérêt

[1] Arrêt du 17 novembre 1886, *Gazette des tribunaux* du 27 novembre.

Digitized by Google

que l'État étranger peut avoir à la répression d'une infraction commise en dehors de ses frontières, rendent suspect le jugement étranger. Cependant on conçoit qu'en fait le droit absolu de la juridiction territoriale subisse une restriction. Si l'État peut réprimer une infraction qui le lèse, malgré l'existence d'un jugement étranger qui a déjà statué sur le même fait, il est pourtant équitable de tenir compte de ce jugement, ou plutôt de la peine subie en exécution de la sentence étrangère. Les juges devront avoir égard, dans le jugement à intervenir, à la peine déjà subie pour diminuer celle qui devrait être prononcée d'après notre loi. Ils tiendront compte de cette peine soit en abaissant au minimum la peine prononcée par la loi, soit en admettant des circonstances atténuantes. Mais une fois la condamnation prononcée, la peine devra être intégralement subie; on ne conçoit pas que la peine subie à l'étranger, à la suite d'une condamnation qui, *en droit*, n'a aucune valeur en France, puisse être imputée sur la peine nouvelle, ou se confondre avec elle. Le droit de grâce pourra seul corriger ce que la répression présenterait de rigoureux ou d'excessif, malgré l'abaissement au minimum ou la déclaration de circonstances atténuantes.

Contrat de mariage. — Règle *locus regit actum.*

Deux Anglais contractèrent mariage en France devant l'ambassadeur de leur nation; ils réglèrent, à l'hôtel de l'ambassade, leur association pécuniaire par acte sous seings-privés, suivant les formes usitées dans leur pays d'origine. Le contrat stipulait le régime de la séparation de biens tel qu'il existe en Angleterre. Plus tard un créancier du mari fit saisir des objets mobiliers se trouvant dans une maison occupée par les époux à Boulogne-sur-mer, mais la femme forma une demande en revendication des objets saisis, prétendant que ces objets lui appartenaient avant le mariage et n'avaient pas cessé de lui appartenir aux termes de son contrat. Le tribunal de Boulogne a pensé que le contrat de mariage était nul, que les époux étaient mariés sous le régime de la communauté légale, et en conséquence il a déclaré la femme mal fondée dans sa demande en revendication [1].

[1] Jugement du 8 avril 1886, *Le Droit*, numéro du 14 juillet 1886.

Digitized by Google

Pour soutenir la validité du contrat on avait invoqué la fiction d'exterritorialité. En vertu de cette fiction, disait-on, l'hôtel des ambassades est considéré comme une portion du territoire de l'Etat étranger. Le tribunal n'a pas eu de peine à écarter cet argument. Sans doute, il est admis qne les agents diplomatiques et consulaires sont compétents pour certains actes intéressant leurs nationaux, et par exemple un agent français à l'étranger ou un agent étranger en France peuvent célébrer le mariage de deux de leurs compatriotes, mais cette compétence ne s'explique nullement par la fiction d'exterritorialité. S'il en était ainsi, les agents diplomatiques et les consuls auraient une compétence plus étendue que celle qu'on leur reconnaît généralement. Ils pourraient célébrer le mariage d'un de leurs nationaux avec un étranger. Or, la jurisprudence s'est plusieurs fois prononcée en sens contraire (Trib. Seine 2 juillet 1872 et 21 juin 1873, *Journal du droit int. privé,* 1874, p. 70-74). En outre, la fiction n'expliquerait pas la qualité d'officiers de l'état civil reconnue aux consuls, qui, dans les pays chrétiens tout au moins, ne jouissent pas des immunités diplomatiques. Il convient donc d'écarter la fiction d'exterritorialité et de faire abstraction de cette circonstance que le contrat de mariage avait été dressé dans l'hôtel de l'ambassade britannique. Cela posé, la question qui devait tout d'abord être résolue était la suivante : La règle *locus regit actum* a-t-elle un caractère impératif? Il est très généralement admis que lorsque des personnes se trouvant en pays étranger ont suivi, non les formes prescrites par la loi du lieu de la rédaction de l'acte, mais celles de la loi de leur patrie, l'acte est valable, quant à la forme, dans leur patrie. On considère en effet que la règle *locus...* est une dérogation au principe de la souveraineté de la loi personnelle; la soumission aux lois nationales est la règle, l'emploi des formes usitées dans le pays étranger n'est qu'une exception qui a été admise dans le but de faciliter la passation des actes juridiques [1] (Arg. art. 999,

[1] Certains auteurs estiment que la maxime *locus...* déroge non pas à la règle qui soumet les individus à la loi de leur nation, mais à la loi qui régit le fond de l'acte et où le rapport de droit a son siège (V. *Journal de droit international privé,* 1881, p. 468, note 2).

Digitized by Google

C. civil). La doctrine anglaise est en ce sens. Weitlake rapporte (*Journal de droit international privé*, 1881 p. 315) que les Cours d'Angleterre déclarent valable le contrat de mariage fait par deux Anglais en France par acte sous seings-privés, conformément aux prescriptions de leur loi nationale.

Mais la règle *locus*..... est-elle également facultative au regard du pays où l'acte est passé, et, si les tribunaux de ce pays sont appelés à connaître de la validité d'un acte qui n'a pas été rédigé suivant les prescriptions de la loi locale, devront-ils reconnaître son efficacité? La question est plus douteuse. La Cour de cassation, par arrêt du 9 mars 1853, a annulé un testament fait en France par un étranger, dans une forme admise par la loi du testateur, mais non reconnue par la loi française (Sirey, 1853. 1. 274). C'est dire que la règle *locus*..... est impérative en ce qui concerne la loi locale. Cette opinion n'est pas admise par la généralité des auteurs, et nous croyons que c'est avec raison. D'une part, le droit international privé étant essentiellement fondé sur la réciprocité, il est logique d'accorder aux étrangers en France les droits que nous attribuons aux Français à l'étranger. D'autre part, si l'on déclare la règle *locus*..... impérative au regard des autorités locales, on aboutit à cette conséquence fâcheuse que l'acte sera tout à la fois nul d'après la loi locale et valable d'après la loi nationale des parties. Or un pareil résultat, choquant en lui-même, ne peut être accepté que si vraiment une considération d'ordre public est en jeu. Il nous paraît que dans la pratique on abuse souvent de l'exception tirée de l'ordre public pour écarter l'application des lois étrangères.

Il est difficile de soutenir que l'ordre public exige que les contrats de mariage passés par des étrangers en France affectent la forme notariée. Cependant le tribunal de Boulogne tire argument de la loi de 1850 et pense que les formalités édictées par cette loi ne peuvent pas être éludées par des étrangers se mariant en France. Mais comment peut-il être question d'appliquer de telles formalités lorsque, comme dans l'espèce, l'union conjugale est célébrée devant les agents diplomatiques ou consulaires? Rien n'oblige ou même n'autorise ces agents à exiger la production du certificat prescrit par la loi de 1850. En quoi d'ailleurs

Digitized by Google

l'application de la loi personnelle de l'étranger est-elle de nature à compromettre les intérêts français? Les tiers qui veulent entrer en relation d'affaires avec des époux étrangers, connaissant le mariage, devront rechercher si un contrat a été rédigé, et quelles sont les stipulations qu'il contient. Ils refuseront de traiter tant que les justifications nécessaires ne leur seront pas fournies, ils éviteront ainsi les dangers auxquels leur imprudence les exposerait, mais contre lesquels la loi n'a aucune raison de les protéger. Il suffit d'appliquer ici les règles ordinaires. Toutes les fois qu'on traite avec un étranger, on s'expose à de grands mécomptes; c'est aux parties à s'entourer de tous les renseignements utiles; elles devaient savoir, traitant avec un Anglais, que la loi anglaise permet les contrats sous seings-privés; leur ignorance à cet égard ne saurait les autoriser à dénier à l'étranger le droit de se prévaloir de sa loi, sauf bien entendu le cas de fraude dûment constatée.

La solution admise par le tribunal de Boulogne nous paraît critiquable à un autre point de vue; nous voulons admettre que le contrat de mariage fait en France sous seings-privés est nul soit parce que la règle *locus*..... est impérative, soit parce que l'ordre public prescrit l'observation des formes locales. Sera ce une raison pour décider que c'est le régime légal français, c'est-à-dire la communauté des meubles et acquêts qui régira l'association conjugale? Le tribunal l'affirme : « Attendu, dit-il, que le mariage accompli en France par des étrangers sans contrat ou avec un contrat nul est soumis au régime de la communauté légale. » Nous nous permettons de contredire cette assertion. C'est une question fort délicate que celle de savoir si l'adoption d'un régime légal s'analyse en une convention tacite, ou si elle est un effet direct de la loi personnelle qui régit les parties; mais, quel que soit le système que l'on adopte, on est conduit à écarter, dans l'espèce, l'application de la loi française. Si l'on suit la seconde opinion, c'est incontestablement la loi anglaise qui déterminera le régime matrimonial; si, au contraire, avec la jurisprudence, on considère l'adoption du régime légal comme le résultat de la volonté tacite des parties, c'est encore la loi anglaise qui sera applicable, car la circonstance que l'union con-

Digitized by Google

jugale a été célébrée à l'ambassade britannique, jointe aux autres faits de la cause, accuse très nettement l'intention des époux de se référer aux lois de leur patrie.

Compétence. — Traité Franco-Suisse du 15 juin 1869.

L'art. 5 du traité Franco-Suisse relatif à la compétence judiciaire dispose que l'action relative au partage d'une succession..... d'un Suisse décédé en France doit être portée devant le tribunal de son lieu d'origine en Suisse. D'autre part, l'art. 11 de ce traité est ainsi conçu : « Le tribunal devant lequel sera portée une demande qui, d'après les articles précédents, ne serait pas de sa compétence, devra d'office et même en l'absence du défendeur, renvoyer les parties devant les juges qui doivent en connaître. »

La Cour de Lyon, s'en tenant rigoureusement à la lettre de ce texte, s'est déclarée d'office incompétente dans une espèce où les parties avaient accepté la juridiction française. Suivant la Cour, l'incompétence de nos tribunaux serait d'ordre public; il ne saurait dépendre ni des parties, ni du juge, de se soustraire à la disposition impérative de l'art. 11 [1]. Cette solution avait déjà été admise par la Cour de Paris le 8 juillet 1870 (Sirey, 1871. 2. 77), mais elle avait été rejetée par la Cour de Rouen le 13 mai 1875 Sirey, 1877. 2. 105).

L'opinion qui a triomphé devant la Cour de Lyon ne nous paraît pas exacte. A notre avis, l'incompétence absolue présenterait de graves inconvénients. Les héritiers d'un Suisse établi en France depuis de longues années et qui y a laissé tous ses biens peuvent avoir intérêt à saisir les tribunaux français qui sont mieux en situation que les tribunaux d'origine de liquider la succession du *de cujus*. L'incompétence des tribunaux français n'a été établie que dans l'intérêt des parties qui doivent rester libres de renoncer à un droit établi à leur profit. D'ailleurs la renonciation à la juridiction établie par le traité, peut, aux termes de l'article 3 résulter d'une élection de domicile, dès lors il serait bien rigoureux d'interdire au défendeur d'accepter au moment de l'instance la juridiction française. Il est impossible de soutenir

[1] Arrêt du 5 juin 1886, *Pandectes françaises*, 1886. 2. 331.

Digitized by Google

que l'ordre public est compromis par une semblable acceptation qui ne porte aucune atteinte à l'indépendance respective des Etats. Il est vrai que le texte est embarrassant et que, par la généralité de ses termes, il semble exclure toute distinction; mais on se rend compte de sa véritable portée si l'on se réfère aux précédents. Sous l'empire du traité de 1828, lorsque le défendeur ne se présentait pas, le tribunal ne se déclarait pas d'office incompétent, il statuait par défaut. Le gouvernement suisse se préoccupa de remédier à cette situation qui présentait des inconvénients sérieux, et il obtint l'insertion de l'art. 11 dans la convention nouvelle. En sorte qu'aujourd'hui le tribunal saisi ne peut plus, comme autrefois, statuer si le défendeur fait défaut; il doit se dessaisir d'office. Voilà le sens et la portée restreinte du texte, mais ce serait méconnaître le but que se proposaient d'atteindre les négociateurs du traité que de donner une autre signification à l'art. 11; autre chose est faire défaut, ou demander à être jugé. A notre avis le tribunal n'est pas tenu de se dessaisir si les parties, d'un commun accord, acceptent sa juridiction.

Compagnies françaises en Alsace-Lorraine. — Arrêté d'expulsion.

Le traité franco-badois de 1846 concernant l'exécution des jugements a été étendu à l'Alsace-Lorraine par l'art. 18 de la convention additionnelle au traité de Francfort, du 11 décembre 1871. En conséquence, les jugements rendus par les tribunaux des provinces annexées à l'Allemagne doivent recevoir l'exequatur en France sans que les juges puissent se livrer à l'examen du fond. Il suffit, pour que la sentence soit rendue exécutoire, que les deux conditions suivantes soient remplies : le jugement doit avoir acquis force de chose jugée et émaner d'un juge compétent. Le traité trace lui-même les règles de compétence. L'art. 2 porte notamment que le tribunal compétent est, au cas d'élection de domicile, celui du lieu où le domicile est élu.

Wilhem obtint du tribunal de Mulhouse à la date du 25 mai 1881 un jugement contre la compagnie française d'assurances, l'*Union industrielle*, puis, il demanda au tribunal civil de la Seine de déclarer exécutoire ce jugement compétemment rendu

Digitized by Google

et passé en force de chose jugée. La compagnie invoqua la nullité du contrat d'assurance en se basant sur l'arrêté d'expulsion pris à l'encontre des sociétés françaises en Alsace-Lorraine par le sous-secrétaire d'État à l'intérieur, à la date du 11 mars 1881. Cet arrêté a interdit aux sociétés françaises l'exercice de leur industrie, en se fondant sur la loi française de 1857 demeurée en vigueur sur le territoire annexé, qui subordonne à l'autorisation du gouvernement allemand, le droit pour les sociétés étrangères, et notamment les sociétés françaises de faire leurs opérations en Alsace-Lorraine. En conséquence, les polices souscrites depuis l'annexion étaient nulles et sans effet, puisque la société n'étant pas autorisée n'avait aucune existence légale en Alsace-Lorraine; les contrats par elle conclus se trouvaient donc dépourvus de toute sanction juridique. Enfin la société soutenait que, n'ayant pas d'existence légale, elle ne pouvait avoir de domicile élu en Alsace-Lorraine à partir du 1er mai 1881; époque fixée par l'arrêté du 11 mars, pour la cessation des opérations des sociétés françaises, en sorte que le tribunal de Mulhouse n'était pas compétent.

Le tribunal de la Seine n'a pas admis ce raisonnement, il l'a écarté en se fondant uniquement sur l'arrêt du tribunal supérieur de Leipzig du 14 avril 1882, qui pour différents motifs a reconnu la validité des contrats conclus avant le 1er mai. L'arrêté d'expulsion n'ayant pas eu d'effet rétroactif n'a pu annuler les engagements réciproques souscrits dans les polices antérieurement à sa date. La société était donc tenue d'exécuter la clause contenant élection de domicile à Mulhouse, ce qui rendait le tribunal de cette ville compétent[1] (Cons. Trib. civil Seine 5 février 1884, *Journal du droit intern. privé*, 1884, p. 505).

Il est regrettable que le tribunal n'ait pas été amené à s'expliquer sur la validité même de l'arrêté d'expulsion. On a soutenu que la loi de 1857 a été abrogée dans nos rapports avec l'Allemagne par l'art. 11 du traité de Francfort. (Consulter sur cette intéressante question divers articles de M. Kaufmann, *Journal du droit, intern. privé*, 1882, p. 129 et 260. — 1883, p. 605.)

[1] 9 novembre 1886, *Gazette des tribunaux*, numéro du 11 novembre.

Digitized by Google

Assignation. — Etranger. — Délais.

La Cour de cassation a décidé, le 12 mai 1886 [1] que l'appel interjeté par un étranger en dehors des délais impartis par le Code de procédure civile est nul alors même qu'il serait établi que la copie de l'exploit de signification du jugement ne lui aurait pas été transmise en temps utile par la voie diplomatique, ainsi que l'exige l'art. 69 § 9 du même Code. Dans le même sens, la Cour suprême a décidé, le 11 mars 1817, que le défendeur est réputé dûment assigné dès que l'exploit d'ajournement est remis au parquet et alors même qu'il n'en aurait pas reçu copie. C'est du jour de la remise au parquet que date l'assignation bien que la remise effective n'ait eu lieu que longtemps après. Par une fiction légale le défendeur est censé avoir eu connaissance de l'exploit au moment même où la signification a été faite au Procureur de la République. Les tribunaux sont obligés d'admettre cette fiction, quelque déraisonnable qu'elle soit. Un pareil système d'assignation est assurément défectueux, et de nature à engendrer des abus déplorables. Le parquet peut négliger de transmettre l'acte de procédure au ministre des affaires étrangères, et cette transmission, si elle a été effectuée, peut subir des retards par le fait des bureaux, mais le demandeur ne peut être rendu responsable de négligences qui ne lui sont pas imputables. En signifiant au parquet la partie a satisfait à la loi; l'obligation de transmettre l'acte de procédure ne lui est pas imposée, et par conséquent son droit ne peut souffrir du défaut de vigilance de fonctionnaires dont il n'est pas responsable.

Nous avons peine à nous rallier à ce système rigoureux. Comment peut-on maintenir contre le défendeur un exploit qu'il n'a pas reçu ou qu'il n'a reçu que tardivement? N'est-il pas souverainement injuste de frapper de déchéance ce défendeur à raison d'un fait auquel il est complètement étranger? S'il n'a pas eu connaissance de l'assignation dirigée contre lui, un jugement par défaut sera prononcé; il est possible qu'aucune voie de recours ne soit ouverte contre ce jugement, dira-t-on que l'étranger sera irrémédiablement condamné sans avoir pu se défendre ? On a sou-

[1] Sirey, 1887. 1. 34.

Digitized by Google

tenu que le Procureur de la République était constitué le mandataire légal de cet étranger, mais rien n'autorise à supposer l'existence d'un tel mandat. N'est-il pas plus exact de considérer ce magistrat comme le représentant du demandeur? Un tel mandat semble bien résulter de la remise de l'exploit entre les mains des agents du parquet. C'est donc au nom du demandeur que le Procureur de la République agit, c'est le demandeur qui supporte les conséquences du défaut d'accomplissement des prescriptions de la loi. Un exploit est nul lorsque la nullité est imputable à l'huissier, pourquoi en serait-il autrement lorsque la nullité est imputable au Procureur de la République, ou aux divers organes de transmission? On oublie d'ailleurs que l'art. 70 est formel. D'après ce texte les prescriptions contenues dans l'art. 69 doivent être observées à peine de nullité. Or parmi ces prescriptions figure l'obligation imposée au Procureur de la République d'envoyer au ministre compétent la copie de l'assignation. (V. en ce sens. Bonfils, *Traité de procédure civile*, p. 422. — V. aussi Trib. civil Seine 5 février 1884, *Journal du droit int. privé*, 1884, p. 505). Dans l'espèce de ce jugement on poursuivait l'exequatur d'une sentence par défaut rendue en Alsace-Lorraine contre la compagnie d'assurances *la France*. Le tribunal débouta le demandeur par ce motif que la signification du jugement étranger adressée par voie diplomatique n'avait été faite qu'après le délai utile pour former opposition. Le demandeur soutenait qu'il ne pouvait être rendu responsable de la négligence de l'administration. Le tribunal fit justice de cette considération en ces termes : « Attendu que cette signification ainsi transmise en France et notifiée après les délais d'opposition n'a pas mis la société en mesure de se pourvoir contre la sentence qui a prononcé condamnation contre elle; que cet acte ne saurait être déclaré régulier, sans violer l'exercice du droit de défense, tel qu'il est reconnu par toutes les législations. »

En Allemagne, l'assignation adressée à l'étranger n'est valable que si le défendeur a reçu copie de l'ajournement, et les délais de comparution ne comptent qu'à partir de la remise à la partie elle-même (art. 182 du Code de procédure).

Digitized by Google

Article 15 du Code civil. — Renonciation.

Un Français domicilié en France ne peut contre son gré être traduit devant un tribunal étranger, mais il peut renoncer au bénéfice d'être jugé par les tribunaux de son pays. Une telle renonciation résultera d'un fait attestant nettement l'intention de son auteur, par exemple, de cette circonstance que le Français a répondu à l'assignation qui lui a été donnée et qu'il a présenté des défenses au fond sans se prévaloir de l'incompétence des juges étrangers ; mais, s'il fait défaut, il ne peut être réputé avoir accepté la juridiction étrangère, bien qu'il ait été régulièrement cité suivant la loi étrangère.

Dans l'espèce jugée par la Cour de Paris le 29 juillet 1886 [1], un Français avait donné mandat à un solicitor de le représenter dans un procès intenté devant les juges auglais. La Cour a jugé avec raison qu'un tel mandat impliquait acceptation de la juridiction anglaise pour tout ce qui était une conséquence de ce procès et notamment pour le paiement des frais nécessités par l'instance. En conséquence la Cour a déclaré exécutoire la sentence anglaise qui avait condamné par défaut le Français au paiement des frais occasionnés par le précédent procès. (Dans le même sens, Paris 21 janvier 1885, *Journal du droit intern. privé* 1885, p. 218).

Concordat étranger. — Effet en France.

Il est admis en jurisprudence que le créancier français d'un commerçant étranger a le droit, malgré la faillite prononcée à l'étranger, et tant que le jugement n'a pas été déclaré exécutoire en France, d'exercer des poursuites contre son débiteur devant nos tribunaux et même de provoquer sur notre territoire une nouvelle déclaration de faillite [2]. C'est l'art. 14 du Code civil qui sert de base à ces solutions, qui sont d'ailleurs, la seconde surtout, contestées par beaucoup d'auteurs. Mais le créancier français peut renoncer au bénéfice de la juridiction de nos tribunaux et cette renonciation peut s'induire de diverses

[1] *Le Droit*, numéro du 6 août 1886.

[2] V. notamment Cour de Paris 17 novembre 1886, *Le Droit*, numéro du 30 décembre 1886.

Digitized by Google

circonstances, et notamment de l'adhésion au concordat étranger. Il n'est pas nécessaire que le jugement qui a homologué le concordat ait été rendu exécutoire en France, pour qu'il soit opposable au créancier qui l'a voté. En effet, le concordat a la force d'un contrat ordinaire vis-à-vis d'un pareil créancier et dès lors toutes voies d'exécutions contre le débiteur failli lui sont interdites. Ainsi, par exemple, les juges français devraient ordonner la mainlevée des oppositions faites entre les mains de personnes débitrices du failli. Le tribunal civil de la Seine s'est rattaché à cette doctrine qui nous paraît incontestable, par jugement du 26 février 1886 [1]. (V. encore Tr. civil Seine, 18 juillet 1884, *Journal du droit intern. privé*, 1884, p. 616.— En sens contraire, Tr. com. Seine 29 juin 1884, *Journal du droit intern. privé*, 1883, p. 50).

On peut se demander si le concordat étranger pourrait être opposé en France à un Français qui aurait fait partie de la minorité dissidente ou qui n'aurait pas participé au vote. La question est fort controversée. Nous sommes porté à croire que le jugement d'homologation ne pourrait être opposé à un créancier non adhérent tant qu'il n'aurait pas été rendu exécutoire. Sans doute le concordat est une convention, mais une convention d'une nature particulière. L'homologation du tribunal régulateur de la faillite est indispensable pour que l'accord puisse lier ceux des créanciers qui n'ont pas fourni leur consentement. L'intervention du pouvoir judiciaire produit donc cet effet, de donner à l'acte une force exceptionnelle. On se trouve dès lors en présence d'un véritable jugement et non pas d'un acte de juridiction gracieuse, et par conséquent il faut appliquer les règles générales concernant les effets des sentences étrangères. Par suite, tant que le jugement d'homologation n'a pas été déclaré exécutoire, il ne peut être opposé en France à un créancier dissident, et si ce dernier pratique une saisie-arrêt sur des sommes dues au failli, les juges français devront l'autoriser à toucher le montant intégral de la créance des mains du tiers saisi.

[1] *Journal du droit intern. privé*, 1886, p. 331.

Digitized by Google

Séparation de biens entre étrangers. — Compétence.

Un époux étranger actionné en séparation de biens devant un tribunal français par son conjoint également étranger peut décliner la compétence de ce tribunal. Le déclinatoire doit être admis, quoique la demanderesse soit Française d'origine et que le contrat de mariage ait été passé et l'union célébrée en France. Ce n'est à que l'application du système depuis longtemps admis en jurisprudence touchant l'incompétence des tribunaux français à l'égard des étrangers. Cependant la pratique admet un tempérament à ce principe. Si les parties ont stipulé dans un contrat passé en France qu'elles entendaient se soumettre aux dispositions de la loi française, une pareille clause contient une acceptation tacite de la juridiction française; cette stipulation vaut élection de domicile en France. Mais l'intention d'accepter la juridiction de nos tribunaux ne résulterait pas nécessairement de la clause portant soumission au régime de la communauté légale, tel qu'il est établi par le Code civil. En pareil cas, les juges devront avoir égard aux autres circonstances de la cause; si les époux avaient en France leur principal établissement au moment du mariage et s'ils n'ont pas cessé d'y résider, ils devront être réputés avoir renoncé à l'exception d'extranéité. Il en serait autrement si le mari n'avait en France qu'une résidence momentanée. C'est au moyen de ces distinctions que l'on parvient à concilier des solutions en apparence contradictoires (Cour de Douai, 15 février 1886[1]. V. — Cass. 7 mars 1870, Sirey, 1872. 1. 361. — Paris, 13 mars 1879, Sirey, 1879. 2. 289. CHAUSSE.

LA GUERRE MODERNE ET SON INFLUENCE PROBABLE SUR QUELQUES PRINCIPES DU DROIT DES GENS.

Par M. Jules Cabouat, agrégé à la Faculté de droit de Caen.

(*Suite* [2]).

III.

La mise en œuvre de cette nouvelle conception de la guerre

[1] *Le Droit*, numéro du 2 avril 1886.

[2] *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1887, nouvelle série, tome XVI, page 172.

Digitized by Google

maritime n'implique-t-elle pas par certains côtés violation de la déclaration du 16 avril 1856? Doit-elle faire prévoir l'abandon de ses dispositions essentielles?

Etudier cette question, c'est mesurer l'étendue des perturbations dont l'inauguration de la guerre dite « industrielle » menace l'économie du droit des gens maritime en vigueur [1].

En tant que la marine militaire reçoit la mission presque exclusive de ruiner le commerce ennemi par la capture de la marine marchande, il n'y a certes aucune méconnaissance ouverte ou déguisée de l'acte de 1856, lequel ne contient aucune restriction explicite de cette faculté. N'est-ce pas au moins glisser sur une pente rapide au terme de laquelle se trouve le rétablissement de la course si solennellement abolie par le Congrès de Paris? Car, s'il est vrai que l'armement en course est la ressource des faibles, les Etats secondaires engagés dans une lutte sans merci ne pourront dédaigner cette arme suprême, renoncer de gaîté de cœur au seul moyen de compenser leur infériorité navale, abandonner l'unique chance de lutter sans trop de désavantage contre une flotte plus nombreuse et mieux organisée que la leur. Rien ne me paraît mieux établir la justesse de cette idée que ce passage de la note du 28 juillet 1856 par laquelle M. Marcy, secrétaire d'État des Etats-Unis, conviait les Etats signataires de la déclaration de Paris à compléter leur œuvre par la consécration de l'inviolabilité absolue de la propriété maritime. « La « seule puissance, disait-il, qui possède une supériorité navale « décisive deviendrait (par l'abolition de la course) la maî-

[1] Cette étude n'intéresse pas exclusivement les Etats ayant adhéré à la déclaration de Paris, mais aussi les Etats dissidents auxquels le bénéfice de ses deuxième (le pavillon neutre couvre la marchandise ennemie à l'exception de la contrebande de guerre) et troisième (la marchandise neutre, à l'exception de la contrebande de guerre n'est pas saisissable sous pavillon ennemi) dispositions doit ou peut être étendu, malgré leur caractère conventionnel. Dans quelle mesure juridique leur sont-elles applicables lorsqu'une guerre éclate, soit entre Etats signataires de l'acte de 1856, soit entre un de ces Etats et l'un de ceux qui jusqu'ici ont refusé leur adhésion diplomatique. Cette délicate question a été étudiée d'après les précédents et élucidée, au point de vue théorique, avec une remarquable précision par M. Arthur Desjardins, *Le Congrès de Paris et la jurisprudence internationale*, *Séances de l'Académie des sciences morales et politiques*, Compte-rendu Vergé, 1884, 1er semestre, T. CXXI, p. 402, 526, 530, 547 et 549.

Digitized by Google

« tresse toute-puissante de l'Océan; car, en la supposant enga-
« gée avec une nation inférieure en force, sa flotte n'aurait à
« s'occuper que de tenir en échec la marine régulière de l'en-
« nemi; et, si la moitié de ses vaisseaux suffisait pour atteindre ce
« but, l'autre moitié pourrait balayer le commerce ennemi de la
« surface de l'Océan. » Les faibles ne chercheront-ils pas à combattre cette supériorité écrasante par le rétablissement de la course [1]?

Le danger immédiat n'est pas de ce côté. Le juste discrédit dans lequel est tombé l'armement en course ne peut que croître et s'enraciner dans la pratique internationale pour deux raisons que je veux indiquer. D'abord, il est assez généralement reconnu que le droit de faire la guerre est, comme toute attribution essentielle de la souveraineté, insusceptible d'être délégué à des particuliers; l'expérience a depuis longtemps dégagé tous les périls de cette délégation, et nombre de faits historiques pourraient attester de quel souverain mépris des règles les plus élémentaires du droit des gens, sont naturellement animés des corsaires dont tous les actes sont dictés par la cupidité et combinés en vue d'une accumulation de la plus grande somme de butin. Enfin, et cette raison paraîtra plus décisive encore à ceux qui font la part de l'influence prédominante des faits sur la formation des lois de la guerre, les États préparent, depuis quelques années, l'organisation d'une marine auxiliaire, grâce à laquelle ils pourront facilement se priver des renforts qu'ils demandaient autrefois à l'armement en course [2].

Dans cette voie, l'Allemagne a fait les premiers pas. Dès le

[1] En 1878, une souscription fut ouverte à Moscou en vue de l'armement d'une flottille de croiseurs volontaires dont le rôle eût été, dans l'hypothèse d'une guerre avec l'Angleterre, de poursuivre les navires de commerce anglais. Ajoutez les discussions de l'*Académie des sciences morales et politiques* sur la Course (1860 et 1866) et surtout l'argumentation de M. Ch. Giraud, adversaire convaincu de l'abolition de la course. *Séances de l'Académie des sciences morales et politiques*, Vergé, 1860, 4e trimestre T. LIV, p. 426, *ibid*, 1867 1er trimestre, T. LXXIX, p. 197-201.

[2] Sur les mesures prises par la Russie, l'Angleterre, l'Allemagne et les Etats-Unis afin d'augmenter leurs forces navales par l'adjonction de steamers de commerce transformés en croiseurs, Voy. Arth. Desjardins, *Le congrès de Paris*, etc., *loc. cit.*, p. 409. Conf. la loi française du 29 janvier 1881.

Digitized by Google

24 juillet 1870, une ordonnance royale traçait les cadres d'une marine volontaire (Freiwillige Seewehr) dont tous les éléments, hommes et matériel, devaient être empruntés aux armateurs et placés sous le commandement de l'autorité militaire. En fait, cet essai d'organisation ne fut suivi d'aucune exécution; mais, depuis, l'idée a été reprise, et très probablement elle est appelée à recevoir une large application, car l'adaptation à la guerre de l'élite des navires privés fournira d'immenses et inappréciables ressources pour la composition de cette flotte de croiseurs à laquelle les exigences de la tactique nouvelle réservent le premier rôle. Au surplus, les détails d'exécution en ont été si minutieusement étudiés qu'une déclaration de guerre amènerait chez la plupart des puissances un aménagement rapide de steamers construits d'après un plan déterminé, en croiseurs aptes à prendre rang immédiat dans la marine militaire.

Cette mobilisation éventuelle d'une partie de la marine marchande doit-elle être considérée comme le rétablissement indirect et clandestin de la course? Non, pourvu que des règlements rigoureux assurent une fusion absolue de cette marine auxiliaire avec la marine régulière et en placent les agents sous la dépendance étroite de l'autorité militaire; sous cette condition qu'on s'accorde du reste à considérer comme indispensable, l'institution sera à la fois conforme à l'esprit et à la lettre de la première disposition de la déclaration de 1856, aussi peu répréhensible que des enrôlements volontaires augmentant l'effectif de l'armée continentale. L'organisation de la Seewehr allemande répondait-elle à ces conditions diverses? Il semble qu'une trop large indépendance laissée aux équipages et aussi la promesse d'une prime proportionnelle à la valeur des prises doivent faire considérer cette ébauche d'organisation de marine volontaire comme une violation de la déclaration de 1856, au moins à partir du 19 janvier 1871 où le retrait de l'ordonnance royale du 18 juillet 1870 a permis à cette flotte auxiliaire de capturer la marine marchande [1].

[1] En ce sens, Calvo, *op. cit.*, III, p. 301-302 et Arth. Desjardins, p. 412. *Contrà*. Bluntschli, *op. cit.*. art. 670. Réponse du comte Granville à une note du marquis de la Valette du 20 août 1870; de Boeck, *op. cit.*, p. 134 et suiv.

Digitized by Google

Jusqu'ici, l'acte de 1856 n'apporte aucune entrave à la pratique de la guerre au commerce, ou, comme on l'a dit, de la guerre industrielle; il ne met aucun obstacle à la réunion et à la multiplication de ses instruments de combat; mais pénétrons plus avant dans l'analyse des dispositions qu'il contient; nous y rencontrerons certaines barrières assez puissantes pour paralyser, dans une large mesure, l'effet destructif des procédés nouveaux.

Quelles seraient, d'après les principes du droit des gens suivis actuellement par la majeure partie des États civilisés, les conséquences pratiques de la déclaration d'une guerre qu'on entendrait conduire suivant la théorie nouvelle que nous avons résumée? Les bâtiments de nationalité belligérante que cet événement surprendra en cours de voyage sont exposés à être capturés par la nuée d'écumeurs lancés à leur recherche; soit, mais pendant les hostilités, beaucoup d'armateurs auront-ils même la pensée d'exposer leurs navires et leurs richesses aux hasards d'une traversée aventureuse? Non, certes, car il leur faudrait peut-être franchir les lignes d'un blocus, s'exposer aux embuscades de l'ennemi et, en tout cas, acquitter à tout événement, des primes d'assurances devenues exorbitantes avec l'exagération des risques. Aussi bien, un moyen infiniment plus sûr et moins coûteux leur est-il offert pour poursuivre en toute sécurité le cours de leurs opérations commerciales. Aux termes de la seconde disposition de la déclaration du 16 avril 1856, le pavillon neutre couvre la marchandise ennemie; donc, la marine neutre peut, sans danger, se charger de tous les transports commerciaux. Elle viendra les solliciter dans les eaux mêmes des belligérants; en présence d'un blocus effectivement organisé lui interdisant matériellement l'accès de la côte, elle ira les attendre dans les ports neutres vers lesquels les voies ferrées feront affluer les chargements dont l'exportation directe est provisoirement suspendue. Ainsi peuvent se trouver écartées par la seule force d'un principe établi les sinistres perspectives dont nous menacent les promoteurs de la guerre industrielle. En dernière analyse à quoi se réduit donc l'effet des armements les plus menaçants? A une hausse exagérée du taux des assurances dont la conséquence dernière est de faire profiter temporairement

Digitized by Google

les neutres, du fret des belligérants surélevé, il est vrai, mais le plus souvent d'une manière peu sensible par le coût des transports terrestres nécessaires pour atteindre un port jouissant des immunités de la neutralité [1].

Dans ces limites restreintes une seule nation, l'Angleterre, serait gravement et peut-être mortellement atteinte par une guerre de quelque durée. Comme la totalité des marines neutres ne pourrait suffire aux importations et exportations nécessaires à l'alimentation de sa formidable industrie, il faudrait bien que sa marine nationale affrontât, au moins en partie, les innombrables périls de la guerre nouvelle. Or, quelles que soient la valeur et l'habileté technique de sa marine militaire, celle-ci serait manifestement impuissante à convoyer et à préserver de toute insulte les transports opérés par les navires nationaux. Seule, l'Angleterre serait donc exposée à subir une suspension de sa vie industrielle, et ses ruines directes et indirectes ne tarderaient pas à atteindre un chiffre à la taille de sa prospérité. Au moins, pourrait-elle encore demander à l'insaisissabilité de la propriéte ennemie sous pavillon neutre, une limitation de ses désastres, alors que les États continentaux y trouveraient intégralement la sauvegarde de leurs richesses et le salut de leur fortune commerciale [2].

Toute la question est maintenant de savoir si l'autorité de cette règle protectrice résistera à la pression des événements, si elle subsistera intacte en présence de procédés dont elle ruine toute l'efficacité. Essentiellement armés en vue de la destruction du commerce ennemi, les belligérants s'inclineront-ils devant une

[1] E. de Laveleye, *op. cit.*, *Rev. de Dr. intern.*, 1875 p. 595 et suiv. et du même auteur, *Encore la capture sur mer*, *ibid.*, 1884, p. 568.

[2] Je ne signale pas comme un sûr moyen d'échapper aux risques de capture les ventes de navires à des sujets neutres. En France, cet acte juridique ne peut changer la nationalité d'un navire qu'autant qu'il est antérieur à la déclaration de guerre et constaté par un titre authentique. (Règlement du 26 juillet 1778 concernant la navigation des bâtiments neutres en temps de guerre, Isambert, *Recueil des anciennes lois françaises*, t. XXV p. 368); *a fortiori*, les ventes ou cessions simulées ne produisent-elles aucun effet, à quelque date qu'elles appartiennent. Conf. Instructions du 25 juillet 1870, art. 7, contraires au règlement de 1778 en ce qu'elles prescrivent le respect des transferts de propriété opérés de bonne foi, même après la déclaration de guerre. L'Angleterre et les Etats-Unis suivent un système différent, étudié dans tous ses détails par M. Ch. de Boeck, *op. cit.*, p. 192 et suiv.

Digitized by Google

règle plaçant au-dessus de leurs atteintes une proie ardemment convoitée, la laissant suivre en temps de guerre sa destination habituelle et atteindre sans encombre les débouchés qui lui sont ouverts ? Ce serait beaucoup attendre de la modération humaine, et avec d'autant moins de raison qu'un précédent célèbre dont il sera bientôt question nous montre à quels étonnantes éclipses sont exposés les principes traditionnels et les mieux établis. lorsque des tribunaux de prises surexcités par l'ardeur de la lutte s'arment de leur dialectique subtile, en vue d'obtenir et de motiver une solution favorable aux intérêts de leur patrie.

Et d'abord remarquons que la seconde disposition de la déclaration de 1856 vaut moins par elle-même que comme conséquence d'un principe plus général, celui de l'inviolabilité de la propriété maritime ; dans l'esprit de ceux qui l'ont proposée et fait accepter, elle était un acheminement vers la consécration de ce principe, un jalon, un degré dans l'évolution du droit des gens vers un terme éloquemment désigné par quelques esprits généreux ; cette règle a pu être adoptée et appliquée à une époque où le sentimen public était acquis à l'idée du respect de la propriété privée en temps de guerre. Mais, un revirement est tout à fait probable, dû à la vogue croissante de méthodes reposant sur des idées diamétralement opposées, et j'ajouterai que ce revirement est dans la logique des choses, à raison de cette subordination constante et déjà signalée des lois positives de la guerre à la nature des moyens qu'elle emploie et au caractère particulier de l'objectif qu'elle veut atteindre.

Par quel raisonnement juridique cette modification du droit existant pourra-t-elle être justifiée ? Tant que la guerre maritime ne vise que l'anéantissement des forces navales de l'ennemi, et, d'une manière très accessoire, la capture de la marine marchande, il est possible de reconnaître aux neutres le droit de se substituer aux belligérants pour assurer la continuité de leurs affaires commerciales ; ce faisant, les neutres ne déjouent pas même indirectement les calculs militaires, ils facilitent simplement l'accomplissement d'une fonction dont la suspension n'est pas considérée comme essentielle au succès des combinaisons navales. Bien différente sera la manière d'envisager le caractère des trans-

Digitized by Google

ports neutres lorsqu'ils auront pour but de mettre en sûreté un butin vers lequel est dirigé le principal effort de la guerre. Considérées sous un jour nouveau, ces opérations tireront des circonstances particulières au milieu desquelles elles se produisent un certain caractère d'irrégularité ; par cela seul qu'elles abritent le commerce ennemi, elles paraîtront irritantes et partant condamnables aux yeux des nations dont elles traversent les projets; malgré l'objection juridique qu'un navire neutre fictivement considéré comme portion d'un territoire également neutre communique son inviolabilité aux marchandises qu'il transporte, on considérera peut-être que le fait de faciliter les relations commerciales de l'ennemi, sans constituer à proprement parler une violation de neutralité assez grave pour motiver la confiscation du navire neutre qui s'y est prêté, permet au moins la saisie des marchandises ennemies qu'il contient et autorise à rompre le contrat d'affrétement conclu entre neutres et belligérants.

L'abandon de la règle que le pavillon neutre couvre la marchandise ennemie, aura pour effet certain, si elle ne décourage pas l'immixtion des neutres dans le transport des marchandises ennemies, de multiplier les occasions de les saisir. Dans l'hypothèse inverse, elle permettra encore soit d'infliger au commerce ennemi un temps d'arrêt désastreux, soit de contraindre un plus grand nombre de navires de nationalité belligérante à prendre la mer ; et on sait que la plupart de ceux qui seraient assez audacieux pour tenter d'opérer, à défaut des neutres, les transports nécessaires à la vie du commerce national, courront les plus gros risques d'être capturés avec leur cargaison.

La jurisprudence des tribunaux de prise américains, dont l'influence a toujours été considérable en ces matières, donnera encore aux partisans des idées nouvelles plus de facilité qu'ils n'en demandent peut-être pour leur application effective. On n'a pas encore oublié la singulière sentence rendue par la Cour suprême de New-York, plus tard confirmée par la commission mixte instituée en vertu du traité de Washington, dans la célèbre affaire du Springbok, barque anglaise dont le chargement fut déclaré de bonne prise pour rupture de blocus, bien qu'elle eût été arrêtée par le Sonoma, navire de la marine fédérale américaine, alors

Digitized by Google

qu'elle se dirigeait vers le port neutre de Nassau. Cette décision, conséquence tout à fait extrême et abusive du principe américain et anglais aux termes duquel tout navire, s'il fait voile vers un port régulièrement bloqué et dans l'intention de rompre le blocus, peut être saisi et confisqué avec son chargement, alors même qu'il n'aurait reçu aucune notification spéciale, est-elle destinée à faire jurisprudence [1] ?

Si oui, la suite immédiate en serait la suppression radicale de la sécurité du commerce neutre en temps de guerre ; toujours, il serait possible de saisir et de condamner le chargement d'un navire faisant de bonne foi un voyage de port neutre à port neutre, sous ce prétexte que le chargement intercepté pourrait ultérieurement être acheminé sur un navire inconnu vers un port en état de blocus. Cette jurisprudence établie, rien ne serait plus logique que d'en faire de fréquentes applications aux navires neutres chargés de marchandises ennemies dont la destination pourrait être facilement suspectée et incriminée sous l'unique condition qu'un seul port ennemi fût régulièrement bloqué ; on écarterait dans nombre d'hypothèses, au point de l'annihiler à peu près complétement en pratique, l'inviolabilité dont jouit depuis 1856 la propriété ennemie naviguant sous pavillon neutre. Pourtant, ce précédent vivement critiqué semble destiné à rester isolé. Au surplus, les raisons de fait que j'ai indiquées me paraissent avoir assez de force pour entraîner l'abandon plus ou

[1] La décision relative au Springbok est une aggravation, en même temps qu'une déviation de la théorie de la continuité du voyage construite par Lord Stowell ; originairement organisée en vue d'assurer le respect de la Règle de la guerre de 1756 interdisant aux neutres de s'entremettre dans le commerce de l'un des Etats belligérants avec ses colonies, elle a été adaptée par les tribunaux de prise américains à la rupture du blocus et à la contrebande de guerre (affaire de la Bermuda) Conf. de Boeck, *op. cit.*, p. 679 et suiv., Arth. Desjardins, *La guerre maritime et le Droit de propriété, Revue des Deux-Mondes*, 1er sept. 1883 ; Travers Twiss, *Les droits des belligérants sur mer depuis la déclaration de Paris. Rev. de Dr. intern.*, 1884, p. 113. Indépendamment des circonstances spéciales à la guerre de sécession qui ont pu les motiver, ces restrictions exceptionnelles apportées au libre commerce des neutres s'expliquent par les facilités que l'application de la vapeur à la navigation donne au transport de la contrebande et à la violation du blocus ; on doit s'attendre à ce que la rigueur de ces théories s'accentue en raison directe de la perfection des moyens dont les neutres disposent pour en tourner les prohibitions.

Digitized by Google

moins prochain de la seconde disposition contenue dans l'acte de 1856.

Quant au principe que la marchandise neutre est insaisissable sous pavillon ennemi, le mouvement d'idées dont j'ai essayé d'indiquer les conséquences saillantes le respectera probablement dans son existence théorique; mais il est clair que le caractère aléatoire imprimé aux traversées des navires de nationalité belligérante en réduira singulièrement la valeur pratique et détournera les neutres d'emprunter un mode de locomotion exposé à de si nombreux dangers.

Parmi les partisans de la capture, il en est au moins un qui s'est efforcé de protéger les particuliers contre les désastres qu'elle peut leur infliger. M. Lorimer, partant de l'idée que la guerre est une affaire publique, un duel d'État à État, considère le propriétaire d'un navire saisi par l'ennemi comme subissant au nom de l'État dont il est le sujet une expropriation à raison de laquelle il doit être indemnisé; en conséquence, le savant auteur propose que le capteur soit tenu de délivrer au propriétaire du bâtiment capturé un reçu lui donnant droit au remboursement de la valeur dont il est dépouillé. La préoccupation à laquelle obéit visiblement M. Lorimer est d'assimiler le règlement des prises maritimes à celui des réquisitions ou contributions levées sur le continent. Nous avons dit plus haut quelle raisons de fait s'opposent à la solution juridique de cette question; ici vient s'en joindre une autre tirée de cette considération que, sur mer, la faculté de saisie n'est plus limitée comme sur terre par la nécessité militaire, mais s'exerce selon les forces des belligérants et toutes les fois qu'ils en trouvent l'occasion. Quel État pourrait assumer cette responsabilité infinie et se résoudre à se faire dans des conditions aussi périlleuses l'assureur de ses sujets? Cette objection n'a pas échappé à la sagacité de M. Lorimer; aussi dans sa théorie, l'État n'est-il tenu qu'au paiement des valeurs capturées sur certaines routes commerciales déterminées dont il se serait obligé d'avance à garantir la sécurité par une force maritime suffisante. Mais, ne serait-ce pas concentrer sur certains points restreints et désignés, de riches proies sur lesquelles fondraient des croiseurs ennemis et, du même coup, démesuré-

Digitized by Google

ment grossir les obligations éventuelles de l'État. Au fond, l'indemnisation des propriétaires de navires capturés, comme celle des personnes qui ont subi les rigueurs de la guerre terrestre, dépend uniquement de l'issue de la guerre et des ressources du trésor de l'État auquel elle est réclamée [1].

Il ne suffit plus aujourd'hui de prévoir l'intervention de croiseurs agissant isolément; on doit aussi se préoccuper du rôle réservé aux torpilleurs dans une guerre conduite suivant les idées nouvelles; malgré des doutes non encore dissipés sur les qualités nautiques de ces engins, une école comptant des partisans nombreux et enthousiastes leur assigne la mission de poursuivre en haute mer les navires de commerce et comprend cette mission de manières différentes suivant qu'ils opèrent par groupes ou isolément.

Une escadrille de ces légers bâtiments a-t-elle signalé un navire, l'un d'eux procédera à la reconnaissance de sa nationalité, tandis que les autres le tiendront en respect sous la menace de leurs coups; est-elle en présence d'un ennemi, elle l'escortera jusqu'au port le plus voisin où la régularité de la prise sera examinée.

Tout autre serait la fonction d'un torpilleur opérant isolément; comme la faiblesse numérique de son équipage et la nature spéciale de son armement lui interdisent à la fois de constituer un équipage de prise ou d'imposer une route déterminée au bâtiment reconnu, on lui fait un devoir de le couler d'un coup de torpille, par cette raison qu'on ne doit laisser échapper aucune occasion de nuire à l'ennemi et qu'il ne peut être question de laisser à sa disposition un navire qui est au fond une machine de guerre et des matelots qui peuvent être facilement convertis en combattants effectifs [2].

Quelle serait l'influence de ces procédés sur les principes du droit maritime international? Dès qu'un torpilleur agissant par surprise peut couler un navire, sur le seul soupçon de son

[1] Lorimer, *Rev. de Dr. intern.*, 1875, p. 261; M. de Boeck expose dans tous ses détails et critique avec beaucoup de raison ce système dont nous n'avons pu esquisser que les lignes générales, *op. cit.*, p. 543 et suiv.

[2] Voy. trois écrits anonymes : *Marine et colonies; Guerre navale, opinion d'un marin; La torpille et le droit des gens. Nouvelle Revue,* mai et juin 1886.

Digitized by Google

caractère hostile, disparaissent d'abord l'intervention des tribunaux de prise, puis les formalités préliminaires de la saisie imposées aux croiseurs et destinées à assurer soit l'inviolabilité des neutres, soit l'immunité déjà acquise ou en voie d'être accordée à certains bâtiments ennemis (bâteaux pêcheurs, bâtiments hospitaliers, paquebots-postes, etc.). De plus, la destruction de la prise, qui n'est aujourd'hui qu'un fait motivé par des circonstances exceptionnelles, devient le fait normal, au grand dommage des neutres qui perdent toute chance de recouvrer, à la suite de l'examen ultérieur d'un conseil des prises, la propriété de leur cargaison ou peut-être une indemnité pour sa destruction. Enfin, dernière aggravation, les passagers non-combattants dont la liberté est au-dessus de toute atteinte et les matelots auxquels on ne peut infliger qu'une captivité temporaire paient de leur vie la rencontre d'un torpilleur [1].

Cependant, ces dangers pourraient bien être chimériques. Dans une étude empreinte d'une grande sagesse et d'une science consommée des chances de la mer, M. l'amiral du Pin de Saint-André, substituant la réalité pratique à la dose d'imagination et de poésie dont les fervents des torpilleurs surchargent leur théorie, interdit à ces bâtiments l'accès de la haute mer, les réduit, pour un grand nombre de raisons techniques, au rôle modeste de garde-côtes, et leur enlève en grande partie la force destructive dont beaucoup croient pouvoir les douer [2].

IV.

Que la guerre maritime se propose pour but la ruine systématique des particuliers, et ces nouveaux procédés ne manqueront pas de réagir sur ceux de la guerre continentale, et les rendront plus menaçants que jamais pour les intérêts privés.

On sait déjà quels abus les chefs de l'armée allemande ont fait

[1] M. l'amiral Bourgois s'était déjà élevé avec éloquence contre les excès de ce système dans un travail sur les torpilles et le droit des gens, dont la présentation à l'Institut a été pour M. Desjardins l'occasion d'exposer les observations que nous venons de résumer.

[2] Amiral du Pin de Saint-André, *Revue des Deux-Mondes* des 15 juin et 1er juillet 1886.

Digitized by Google

des réquisitions et contributions de guerre que les principes purs enferment cependant dans des limites rigoureuses; on sait aussi de quel chiffre elles ont dépassé les besoins de l'armée d'invasion qui s'est répandue sur notre territoire en 1870-1871. D'après un calcul officiel français, dont les résultats ont été annexés au décret du 26 octobre 1871 rendu pour la répartition du dédommagement voté par la loi du 6 septembre 1871, le chiffre total des contributions pécuniaires exigées par les Allemands s'est élevé, déduction faite de la perception des impôts, à la somme de 239 millions. En outre, un rapport du ministre de l'intérieur au Président de la République française évalue à 264 millions la somme des titres, meubles et autres objets enlevés sans réquisition [1].

Si ces pratiques regrettables devaient recevoir une nouvelle impulsion des idées qui se font jour en matière maritime, voici en deux mots quels seraient le caractère et le résultat des opérations militaires terrestres. Sur terre, l'armée aurait, sans parler des représailles que pourraient motiver les atteintes portées tant au commerce qu'à la vie des passagers et des matelots de la marine marchande, la mission de compléter l'œuvre de ruine entreprise par la flotte : les deux forces combineraient leurs efforts en vue d'un but commun, et si la fin des hostilités les surprenait avant de l'avoir pu atteindre, l'expérience nous apprend qu'on saurait insérer dans le traité de paix une clause imposant au vaincu le paiement d'une indemnité de guerre exorbitante. Ici, les progrès sont vraiment surprenants, l'art d'écraser un adversaire vaincu au moyen d'une simple combinaison financière peut être considéré dès aujourd'hui comme ayant atteint la perfection idéale. Jadis, on connaissait bien l'usage de tributs payables à époques fixes et périodiques, de rentes dont le vainqueur restait créancier à perpétuité ou quelquefois seulement pour un temps

[1] Conf. Arthur Desjardins, *Les progrès du droit internat.*, *loc. cit.*, p. 343. Bluntschli, dont l'impartialité n'est pas sans défaillances, croit excuser ces excès, par la raison qu'au milieu des catastrophes de la guerre, les chefs eux-mêmes sont obligés de fermer les yeux sur les dégâts qu'ils ont sévèrement réprimés au début, *op. cit.*. art. 652 2°. Il peut paraître au contraire que le devoir des chefs est de lutter constamment par tous les moyens de coërcition dont ils disposent contre le relâchement de la discipline.

Digitized by Google

déterminé. Mais, aujourd'hui, grâce au crédit public, un Etat peut se procurer par l'emprunt les sommes fabuleuses dont le paiement lui est imposé soit immédiatement, soit à bref délai. Au besoin, le créancier poussera la complaisance jusqu'à offrir le concours de ses financiers pour le succès de cet appel au crédit; en tout cas, pour peu qu'un pays soit prospère, industriel, exact à tenir ses engagements, l'imagination des banquiers sera toujours assez fertile en combinaisons propres à faciliter le paiement de la rançon et à fournir l'occasion d'un placement avantageux. En un mot, le fonctionnement du crédit public permet d'enfler démesurément le chiffre des indemnités de guerre et de capitaliser en bloc les tributs dont l'exécution s'analysait autrefois en un prélèvement plus ou moins élevé sur les revenus annuels de l'Etat.

Comme la chaîne peut être solidement rivée! On peut encore s'affranchir d'un tribut par une victoire grâce à laquelle on recouvre l'indépendance; mais de nos jours, supposons que le vaincu prenne une revanche éclatante; à moins qu'un hasard particulièrement heureux lui permette de réclamer et d'obtenir la restitution de ce dont il a été spolié, la dette qu'il a dû contracter ne continuera pas moins de l'accabler de tout son poids; les titres en sont dispersés chez une foule de particuliers, ils constituent une partie notable du patrimoine de ses sujets ; sous peine de faire banqueroute, il doit, bon gré mal gré, en acquitter les intérêts. Une chance de salut existe, il est vrai, pour l'État débiteur; il peut recourir à l'amortissement qui lui donnera les avantages d'une libération graduelle, mais tant d'obstacles empêchent d'y recourir un État dont la tâche la plus pressante est souvent de reconstituer ses forces militaires et de réparer ses ruines qu'il faut la considérer comme une pure hypothèse dont les faits ne présenteront que de très rares exemples.

Quelles sont les conséquences de ces extorsions? Economiques et politiques. Comme il faut de nouveaux impôts pour subvenir aux intérêts de la dette contractée en vue du paiement de l'indemnité, les frais de la production nationale s'élèvent d'autant; les capitaux ne trouvant plus d'emplois rémunérateurs émigrent vers les pays où une activité économique supérieure leur promet

Digitized by Google

des revenus plus élevés. L'esprit d'entreprise est arrêté dans son essor et, pour peu que le vainqueur ait eu soin de se réserver de sérieux avantages douaniers, il pourra exploiter cette inégalité de situation commerciale, imposer au vaincu, par le seul jeu des lois économiques, la consommation de produits qui lui reviennent à moindres frais et doubler la déchéance politique d'une ruine industrielle.

Je ne parle que des pays riches, car l'indemnité de guerre sera encore une arme mortelle contre les Etats peu fortunés. Sans doute, les délais de paiement ne leur seront pas mesurés d'une main avare ; mais, en revanche, des garanties seront prises qui aboutiront soit à la confiscation, pour un temps indéfini, d'une ou plusieures branches de ses revenus publics, à titre de nantissement, soit à des interventions multiples dans son gouvernement intérieur, toujours colorées du prétexte de la conservation du gage.

En dernière analyse, qu'aura donc gagné le droit des gens à l'abolition tant de fois répétée du pillage brutal, si la guerre a pour dernière conséquence la ruine économique du vaincu et l'enrichissement du vainqueur à tel point que les politiques avisés puissent entrevoir comme prix de la victoire l'acquisition de trésors de guerre ou simplement la solution d'embarras financiers [1] ?

A ces raisons de redouter un temps d'arrêt dans le développement du droit des gens, dont la marche progressive paraît à quelques optimistes irrésistible et nécessaire, s'en joint une autre de craindre que l'indépendance politique des Etats soit plus que

[1] Une indemnité de guerre ne devrait équitablement comprendre que les sommes dont le vainqueur a besoin pour couvrir les dépenses nécessitées par les hostilités et acquitter les dédommagements dus, soit aux soldats blessés, soit aux familles de ceux qui ont succombé. L'usage d'imposer au vaincu une rançon hors de proportion avec les charges résultant de la guerre est relativement moderne; on le voit poindre avec les guerres de la Révolution et de l'Empire, et depuis, suivre une progression constante. A partir de cette époque, on ne peut guère signaler qu'un seul traité, celui mettant fin à la guerre de Crimée, qui ne contienne aucune clause d'ordre pécuniaire. Calvo critique cette pratique nouvelle et relève avec soin les nombreux actes diplomatiques qui en ont fait application. Calvo, *op. cit.* T., III, p. 229 à 238. Conf. Raoul Frary, *Le Péril national*, p. 43 et suiv.

Digitized by Google

jamais à la discrétion de la force militaire. Je veux parler du caractère national qu'affectent les guerres contemporaines et que prendront de plus en plus celles de l'avenir. Autrefois, les armées étaient en grande partie composées de mercenaires, en tout cas peu nombreuses, les Etats se contentant d'appeler sous les drapeaux une faible partie de la population valide et se souciant beaucoup plus d'aguerrir et d'entraîner leurs troupes que d'en enfler démesurément le nombre. Une révolution s'est accomplie par l'adoption du service universel et obligatoire auquel les puissances européennes se résignent successivement [1]. Toutes les forces vives de la nation sont maintenant utilisées en vue de la défense commune; des masses militaires ont été groupées, que la facilité des communications permet de mobiliser et de pousser avec une précision mathématique sur un point désigné. Aussi, avec quelle rapidité vertigineuse procède la guerre moderne. Une armée d'invasion vole droit au cœur du pays sans se laisser arrêter comme autrefois par le siège des forteresses; en peu de jours, le sort des armes peut avoir prononcé, contraignant le vaincu terrassé et réduit à merci de signer la paix qui lui est dictée; et s'il n'accepte pas cette extrémité, s'il veut en appeler de ses premières défaites, pourra-t-il relever sa fortune par une résistance nationale organisée à la fois sur tous les points du territoire? De telles illusions n'existent guère que pour ceux qui ferment les yeux à la réalité; une guerre de partisans peut bien irriter et harceler l'ennemi; des milices levées à la hâte prolonger la lutte de quelques mois; mais, ces forces improvisées manqueront toujours de cette instruction technique, de cette cohésion rigoureuse qui peuvent seules donner l'avantage sur

[1] La Prusse est la première puissance qui ait organisé le fonctionnement du service universel et obligatoire après ses désastres de 1806; elle a été suivie dans cette voie par la plupart des Etats européens. Le mouvement a commencé à se dessiner après la guerre de 1866; depuis 1871, il s'est étendu à la grande majorité des puissances européennes. En ce moment même (janvier 1887), la Belgique songe à faire du service personnel et obligatoire le principe de ses institutions militaires. Au point de vue technique, on a émis les doutes les plus sérieux sur l'efficacité de ces levées en masse. Conf. Valbert, *La guerre moderne* d'après un écrivain militaire allemand, (*La Nation armée* de M. Colmar von der Goltz) *Revue des Deux-Mondes*, 1er janvier 1884.

Digitized by Google

des troupes méthodiquement conduites et déjà exaltées par des succès antérieurs. On l'a déjà remarqué avec raison, les chances de succès des résistances populaires vont s'affaiblissant de siècle en siècle. Au moyen-âge, alors que l'armement était aussi rudimentaire que l'art de la guerre, on a vu les populations civiles libérer le sol national au prix d'héroïques efforts. Dans les temps modernes, il serait difficile d'en citer un seul exemple concluant. Le soulèvement de l'Espagne et la résistance de la Russie n'ont dû leur succès final qu'au ferme point d'appui qu'elles ont trouvé soit dans les troupes de Wellington, soit dans les débris de l'armée nationale. Au reste, les mœurs actuelles rendent à peu près impossible le retour des violences individuelles auxquelles ces résistances ont dû une partie de leur triomphe [1].

Ces considérations enlèvent beaucoup d'intérêt à une question discutée avec quelque passion par les membres de la conférence réunie à Bruxelles en 1874. Deux courants d'opinion très différents se formèrent lorsque fut mise en discussion la définition des belligérants, des combattants et des non-combattants. D'après une proposition allemande soutenue et développée par le général von Voigts-Rhetz, la guerre ne concerne que les armées, non les particuliers qui, sous aucun prétexte, ne peuvent y prendre part. Dès le début des hostilités, les qualités de chacun sont fixées pour toute la durée de la campagne; d'un côté, les militaires, de l'autre, les non-combattants. Si de courageux citoyens franchissent cette ligne de démarcation, ils s'exposent aux risques d'une exécution sommaire ordonnée par la justice militaire. C'était ériger en devoir rigoureux la résignation aux faits accomplis et, dans une certaine mesure, empêcher un État envahi de chercher dans la population civile le complément de défense qu'il croit pouvoir y trouver. Cette proposition échoua devant les protestations des États secondaires et de ceux qui n'avaient pas encore accepté à cette époque les charges du service militaire universel. Les art. 9 et 10 du projet de déclaration issu des travaux de la conférence permettent aux membres de la société civile de s'organiser militairement sous certaines conditions dont

[1] Note de M. Besobrasof, *Rev. de Dr. intern.*, 1875 p. 529, et *Examen critique des travaux de la conférence de Bruxelles*, *ibid.*, p. 104 et suiv.

Digitized by Google

le but est d'assurer la loyauté de leurs opérations. Encore une fois, cette satisfaction est purement théorique, si, comme tout le fait prévoir, le système de la nation armée fait de nouveaux progrès [1].

Suffira-t-il aux nations de s'organiser en vue d'une agression possible pour mettre en sûreté leur indépendance et l'intégrité de leur territoire? On voudrait au moins espérer que les sacrifices militaires auxquels elles s'astreignent à l'envi auront au moins le mérite d'assurer le respect de leurs droits; on voudrait croire que le petit nombre l'emportera quelquefois, à force de vaillance, sur le plus grand. Mais, dans notre Europe où les peuples sont placés dans des conditions de richesse ou de culture intellectuelle tendant de jour en jour à se niveler, il faut prévoir un moment où les armées organisées et instruites d'après une méthode uniforme se composeront d'éléments techniquement et moralement équivalents, animés de la même ardeur guerrière et d'un attachement égal à leur patrie. Alors, c'est le nombre qui deviendra la mesure de la force militaire et aussi de l'importance politique. Lorsque quelques expériences sanglantes auront définitivement établi cette vérité, alors les États les plus populeux pourront donner un libre cours à leur besoin d'expansion, déborder sur leurs voisins numériquement inférieurs, les absorber par une invasion silencieuse et continue, ou, s'ils le préfèrent, les diminuer violemment par la conquête après une lutte de courte durée. Ce nouvel état de choses ne pourra que donner un nouvel élan à l'application de cette loi historique suivant laquelle la destinée des petits États est d'être détruits d'une manière plus ou moins violente, plus ou moins rapide, par les puissants. Longue serait l'énumération des petites souverainetés qui ont disparu à la suite des guerres de la Révolution, de l'Empire et de la seconde moitié du XIXe siècle, soit en Allemagne, soit en Italie. Depuis, il est vrai, quelques États d'importance secondaire ont été créés ou se sont accrus, notamment par le traité de Berlin du

[1] Conf. art. 51, *Instr. amér.* art. 2 et 3. *Lois de la guerre.* Le système de ces textes est infiniment moins rigoureux que celui pratiqué par les Allemands en 1870-1871 à l'égard des francs-tireurs français. Bluntschli, *op. cit.*, art. 570. Calvo, III, *op. cit.*, p. 126 et suiv.

Digitized by Google

13 juillet 1878 aux dépens de la Turquie; d'autres, la Belgique et la Suisse, vivent protégées par la barrière juridique de la neutralité et plus encore par les rivalités internationales. L'avenir nous apprendra quelle force de résistance ils pourront opposer à l'ascendant irrisistible que prépare aux grands États militaires leur supériorité numérique.

C'est qu'en effet la politique d'agrandissement territorial ne paraît pas près d'abdiquer ses prétentions et de perdre toute application; j'ajouterai même que le frein par lequel elle était jadis contenue est aujourd'hui irrévocablement brisé.

A une époque qui n'est pas bien éloignée de la nôtre, on croyait que tout l'art des diplomates et, à son défaut, la guerre devaient avoir pour objet de maintenir entre les puissances européennes une répartition de forces telle qu'aucune d'elles ne fût jamais en état de dominer les autres. C'est ce principe qui a dirigé la politique des trois derniers siècles; pendant cette longue période les monarchies européennes se surveillent mutuellement, et, dès que l'une d'elle prend une attitude menaçante pour l'indépendance commune, une coalition est bientôt formée pour mettre un terme à ses menées envahissantes. Quelques applications de cette idée générale sont restées célèbres: d'abord, la lutte plus que séculaire des Bourbons et des Habsbourg qui eut pour résultat final de sauver l'Europe du fléau de la monarchie universelle dont ces derniers la menaçaient. Plus tard, la France sous Louis XIV et Napoléon eut à faire l'expérience de cette politique et dut se résigner à abandonner les rêves de domination dont ses maîtres s'étaient bercés. En 1854 enfin, la France et l'Angleterre entreprenaient la guerre de Crimée afin d'empêcher la Russie de prendre en Orient une place prépondérente.

Toutes ces guerres présentent un caractère commun; jamais elles ne se terminent par la destruction politique du vaincu. Quelle qu'en soit l'issue militaire, leur solution constante est d'assurer pour un temps l'équilibre des forces internationales et de prendre certaines mesures préventives pour le sauver de nouveaux périls [1].

[1] Thiers a magistralement exposé, dans son célèbre discours du 14 mars 1867, l'histoire du principe de l'équilibre européen par lequel il explique

Digitized by Google

Ces traditions de chancellerie que des générations de diplomates s'étaient transmises avec un religieux respect n'ont plus qu'une valeur historique. A la politique d'équilibre a succédé le système des agglomérations nationales dont la force destructive a bouleversé de fond en comble l'Europe de 1815, détruisant ou démembrant un certain nombre d'États. Comment cette révolution a-t-elle pu s'accomplir ? Comment l'Europe a-t-elle pu abandonner les précieuses garanties de paix et d'indépendance qu'elle tenait des traités ? Sous l'empire d'un principe nouveau qui reconnaît à toute nationalité le droit de se constituer même par la force ne un état distinct; principe d'autant plus perfide qu'il se prête aux interprétations les plus variées et peut couvrir d'une apparente justification les spoliations les plus criantes, les conquêtes les plus oppressives [1].

Et combien la conquête est devenue de nos jours plus odieuse et plus intolérable qu'elle n'était autrefois! Sous l'ancien régime, une annexion violente n'est qu'un changement de souveraineté assez facilement accepté, elle peut bien froisser pour un temps la sympathie et la fidélité des sujets pour leur prince; mais bientôt les populations conquises se soumettent de bonne grâce à leur nouveau maître et elles lui obéissent sans beaucoup plus de peine qu'au precédent. C'est que dans les temps anciens, l'État se confondant avec la personne du prince, il est à peu près indifférent pour la dignité des sujets d'obéir à celui-ci plutôt qu'à tel autre; aujourd'hui, au contraire, c'est de l'ensemble des citoyens qu'est formé l'État lui-même, chacun de nous se sent citoyen d'une même patrie dont il ressent tous les triomphes et tous les revers comme s'ils l'atteignaient personnellement, il vit de ses traditions glorieuses, souffre de ses humiliations et tient à l'État par des liens de sentiment dont la force est considérable. Vienne une annexion qui l'arrache violemment à sa patrie, il cesse de s'appartenir à lui-même pour devenir le serf d'un ennemi qu'il combattait la veille. Blessé dans ses intérêts, atteint

l'histoire diplomatique des trois derniers siècles. *Disc. Parl.*, T. XI, p. 8 et suiv. Conf. E. Lavisse, *La politique européenne depuis la fin du moyen-âge jusqu'à la Révolution française. Revue politique et littéraire*, 24 octobre 1885.

[1] E. Renan, *Qu'est-ce qu'une nation?* Conférence du 10 mars 1882.

Digitized by Google

dans sa dignité, il se sent à chaque instant du jour étreint par une captivité dont il doit épuiser toutes les misères à son foyer, dans son pays natal, au milieu des mille souvenirs qui lui rappellent son ancienne patrie [1].

V.

Si les faits d'ordre social ou purement militaire notés au cours de cette étude déroulent leurs conséquences logiques en ce qui concerne le but et la direction des guerres de l'avenir, les usages internationaux relatifs à ce sujet en seront tellement modifiés qu'ils présenteront de frappantes analogies avec ceux de l'antiquité. Comme dans les anciens âges, la défaite anéantira l'État vaincu; elle atteindra avec une égale dureté les populations non-combattantes dans la dignité de leurs personnes par la conquête dont les perfectionnements même du droit public ont fait une captivité humiliante et intolérable; elle les frappera indirectement, mais sûrement, dans leurs patrimoines privés par la ruine financière et économique de leur patrie [2].

Ne subsistera-t-il donc rien des tempéraments laborieusement apportés à la rudesse des premières luttes? Si, car il est permis d'espérer que les opérations militaires seront de plus en plus conduites avec humanité. La condition des prisonniers et le sort des blessés seront encore améliorés; peut-être renoncera-t-on, d'un commun accord, comme cela est déjà arrivé, à l'emploi d'engins trop meurtriers; enfin, certaines pratiques odieuses, telles que la saisie d'otages parmi les notables de la société civile, sont trop unanimement réprouvées pour qu'elles se maintiennent longtemps encore dans la pratique de la guerre [3].

Même dans cet ordre d'idées et bien qu'on puisse attendre beaucoup de la modération des chefs et des soldats, la cause de

[1] R. Frary, *op. cit.*, p. 37 et suiv.

[2] Pradier-Fodéré, *La guerre du Pacifique*. Communication faite à l'Institut de Droit international. Session de Munich, 1883. *Rev. de Dr. intern.* 1884, p. 510.

[3] Convention de Genève du 22 août 1864. — Protocole de Saint-Pétersbourg, relatif à l'emploi des balles explosibles, du 11 décembre 1868. — Extrait d'une lettre adressée par Beach Lawrence au secrétaire général de l'Institut de Droit international, *Rev. de Dr. Intern.*, 1875, p. 526. — Sur les otages, V. Calvo, *op. cit.*, t. III, p. 173 et 174.

Digitized by Google

la civilisation n'est pas encore définitivement gagnée. Vainement, la conférence de Bruxelles s'est-elle efforcée de condenser en quelques règles précises les lois de la guerre. Ses délibérations ont été trop tourmentées, ses décisions accompagnées d'un trop grand nombre de réserves pour que son œuvre pût être diplomatiquement acceptée et poser ainsi les premières assises d'une règlementation conventionnelle. Indépendamment des raisons purement politiques auxquelles il faut imputer les causes de cet échec, il est un motif d'une portée générale qui voue à l'impuissance les tentatives de ce genre. Par cela seul qu'elle convient à une œuvre commune des juristes désireux par instinc professionnel de faire progresser l'idée du juste, des généraux exclusivement préoccupés de la sécurité et du succès des armées, les uns et les autres représentant des États diversement intéressés à l'adoption définitive de telle ou telle règle déterminée, elles se heurtent à des tendances rivales et opposées dont la fusion transactionnelle ne peut engendrer qu'une œuvre nécessairement imparfaite quand elle n'est pas contradictoire. Faut-il regretter l'avortement de ces efforts? Doit-on appeler avec impatience une entente solennelle? On peut alléguer qu'une codification des usages de la guerre, aurait l'avantage de fournir aux militaires la formule précise d'un devoir juridiquement établi dont la discipline assurerait le respect; mais, en retour, de semblables compilations peuvent être doublement vaines, soit qu'elles prescrivent aux belligérants des obligations incompatibles avec les nécessités de la guerre, soit qu'elles proclament à nouveau des règles dont l'autorité s'impose déjà à la conscience des peuples civilisés. Enfin, en une matière dont le développement suit, d'assez loin il est vrai, le progrès des idées humanitaires, mieux vaut peut-être s'abstenir de légiférer que de courir le risque d'arrêter et de figer son essor par une réglementation trop précise présentant par sa précision même le grave inconvénient de légitimer et couvrir d'une approbation juridique des violences qui peuvent trouver leur excuse dans les événements qui les amènent, mais ne doivent à aucun prix prendre l'apparence ou le masque de la légalité [1].

[1] Sur l'opportunité d'une codification des usages de la guerre, Voy. Cor-

Digitized by Google

Au lieu de poursuivre une chimérique civilisation de la guerre, qu'on s'applique plutôt à en raréfier les causes par une politique prévoyante; la complexité des rapports existant entre les États modernes fait, à chaque instant, surgir des différends d'importance secondaire intéressant plutôt leur domaine privé que leur grandeur politique ; qu'on en demande la solution à l'arbitrage, nous lui devrons déjà beaucoup s'il peut trancher à l'amiable les contestations que soulèvent par exemple l'interprétation d'un traité ou la liquidation d'une indemnité pécuniaire. Quant aux questions d'intérêt vital, quant à celles qui mettent en jeu l'existence même de la nation, nous répétons que la force des choses les laisse en dehors de la sphère d'application de l'arbitrage et pour longtemps encore abandonne au sort des armes le soin d'en trouver la solution [1].

On s'est quelquefois nourri du fol espoir que les chances de paix trouveraient de nouvelles garanties dans ce fait que les peuples maîtres d'eux-mêmes et de leurs destinées sont libres de déclarer la guerre ou de maintenir la paix ; on croit volontiers que leur intérêt bien entendu parlera assez haut pour les empêcher de se lancer dans des aventures dont il est toujours difficile de mesurer les conséquences présentes ou éloignées. C'est oublier qu'une force plus puissante que le libre arbitre, je veux dire les nécessités de la lutte pour l'existence, les contraignent à s'attaquer et à se défendre; bien des expériences ont démontré et d'autres démontreront encore que la souveraineté nationale n'est rien moins qu'un nouvel appui de la paix perpétuelle, les peuples ayant, tout comme les princes, leurs passions, leurs ambitions et aussi des conditions d'existence qui triompheront toujours de leurs désirs pacifiques quelle qu'en puisse être la sincérité [2].

respondances de M. de Moltke avec M. Bluntschli, *Rev. de Dr. intern.*, 1881, p. 80 à 84; du prince de Leuchtenberg avec M. Martens, *ibid* p. 306 et suiv. — Ajoutez *Rev. de Dr. intern.*, p. 450 à 456; — *Revue des Deux-Mondes* du 15 mars 1875, *Les conférences de Bruxelles et de Saint-Pétersbourg;* et Ch. Lucas, *Observations sur les lois de la guerre. Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1881, p. 201 et suiv.

[1] M. Louis Renault, professeur à la Faculté de droit de Paris, *Un litige international devant la Cour de cassation de France. Rev. de Dr. intern.*, 1881, p. 22.

[2] Montesquieu formule ainsi cette idée dont la justesse n'a pas vieilli.

Digitized by Google

Lorsque la fatalité a créé entre deux pays un conflit latent, alors les diplomates peuvent protester de l'innocence de leurs intentions, entasser les notes conciliantes et accumuler les protocoles rassurants, chaque jour pousse les deux peuples dans la voie où ils doivent se heurter, car la guerre n'est pas toujours, comme on l'a dit quelquefois, un « immense holocauste à la folie humaine »; bien souvent, elle n'est que le dénoûment nécessaire d'une situation créée par des fatalités historiques ou préparée par des fautes qu'on aurait pu éviter, mais qui, une fois commises, amènent avec une logique inexorable les collisions dont elles contiennent le germe [1].

Si la guerre menace toujours notre pays et si elle recèle une somme de violences inévitables, sont-ce là des raisons de nous abandonner à un pessimisme chagrin? Non pas, et pour nous réconforter, méditons ces quelques lignes d'un capitaine qui paraît aussi bien connaître le rôle social de la guerre que ses mystères stragétiques. « La paix perpétuelle, dit M. de Moltke, « est un rêve et ce n'est même pas un beau rêve. La guerre est « un élément d'ordre du monde établi par Dieu. Les plus nobles « vertus de l'homme s'y développent : le courage et le renon- « cement, la fidélité au devoir et l'esprit de sacrifice; le soldat « donne sa vie; sans la guerre, le monde croupirait et se per- « drait dans le matérialisme [2]. »

Il se pourrait en effet qu'une paix prolongée éteignît les plus fortes vertus de l'homme, relachât les ressorts de la société et

« Entre les sociétés, le droit de défense naturelle entraîne quelquefois la « nécessité d'attaquer, lorsqu'un peuple voit qu'une plus longue paix en « mettrait un autre en état de le détruire et que l'attaquer est dans ce « moment le seul moyen d'empêcher sa destruction. » *Esprit des lois*, Li- « vre II, ch. II.

[1] Prévost Paradol, *la France nouvelle*, p. 387. On peut aussi observer que la presse et le télégraphe, enveniment trop souvent les difficultés internationales, et précipitent bien des ruptures que les procédés dilatoires, chers aux anciennes chancelleries, eussent certainement conjurées, Conf. Frary, *op. cit.*, p. 54 et suiv.

[2] Il résulte de ce document qu'on peut, sans trop de hardiesse, considérer M. de Moltke comme un adepte convaincu de la doctrine hégélienne sur le caractère régénérateur de la guerre. Très certainemeut, le maréchal s'est inspiré d'un passage bien connu de la *Philosophie du Droit* de Hegel. Conf. le fragment cité par M. A. Fouillée, *L'idée moderne du Droit*, p. 38.

Digitized by Google

conduisît insensiblement les nations sur la pente de la décadence et de la dissolution. Les liens sociaux s'entretiennent par des concessions incessantes; il est bon que de graves circonstances nous en rappellent parfois l'existence; or, la guerre nous contraignant à faire le sacrifice de nos personnes et de nos vies par l'impôt du sang qu'elle prélève sur chacun de nous, est encore le meilleur moyen qui existe de nous rappeler nos obligations envers la société et de raffermir une unité morale compromise ou ébranlée par des divisions politiques ou religieuses.

Puis, que deviendrait l'Europe si, oublieuse de l'art de la guerre, elle s'abandonnait aux délices sans mélange d'une paix assurée? Le jour où elle aurait à repousser une nouvelle invasion de barbares, à endiguer de nouvelles migrations de peuples non prochaines, mais possibles, alors ses milices inexpérimentées, dépourvues d'esprit militaire seraient peut-être, quoiqu'armées de toutes les ressources de la science, submergées sous le flot des conquérants ou s'évanouiraient sans gloire sous le choc d'une poignée d'hommes résolus commandés par un habile homme de guerre. Cette dernière considération devrait inspirer quelques réflexions aux philanthropes et les amener à penser que, loin de poursuivre la guerre d'une haine aveugle à force d'humanité, il faut plutôt y voir un gage de l'avenir et du salut de cette civilisation européenne dont nous nous montrons si fiers.

JULES CABOUAT.

L'ASSUREUR EST-IL UNE CAUTION ?

LES ARTICLES 435 ET 436 DU CODE DE COMMERCE

Par M. A. de COURCY.

Assurances maritimes. Avaries. Défaut de protestations. Fin de non-recevoir. Baraterie de patron. Caution. Préjudice.

Sous cette rubrique un peu confuse, qui touche à bien des points du Droit maritime, le *Recueil Sirey* et le *Journal du Palais*, premier cahier mensuel de 1887, ont rendu compte d'un litige assez important d'abord jugé à Nantes, porté en appel devant la Cour de Rennes et finalement tranché par la Cour de cassation. Souvent entretenu de ce débat, j'ai toujours éprouvé

Digitized by Google

une certaine paresse à l'approfondir. L'espèce n'est pas simple. Les constatations de fait ont été tardives. Les décisions de la justice ne me paraissent pas avoir eu toute la clarté désirable. Il me semblait malaisé de dégager nettement les questions de droit qui appelaient des solutions.

M. Ch. Lyon-Caen, dans une note très substantielle du *Recueil Sirey*[1], s'est appliqué, avec sa sagacité ordinaire, à dégager, à saisir, à détacher en quelque sorte des broussailles de l'espèce deux questions principales, en elles-mêmes fort intéressantes. Il m'a rendu plus facile de les examiner à mon tour, sans être rebuté par les broussailles qu'il a écartées. Je discuterai moins les conclusions des parties et les arrêts que les deux questions qu'il a mises en meilleure lumière.

I.

L'assureur qui a pris à sa charge la baraterie de patron, comme c'est devenu l'usage universel, s'est-il constitué par là caution, et les règles du Code civil, au titre du cautionnement, lui sont-elles applicables ?

Non pas certes, et si l'on n'était pas accoutumé à toutes les subtilités, les ingéniosités, les témérités des plaideurs embarrassés, en quête d'arguments, on s'étonnerait de cette malencontreuse tentative d'invasion du droit civil dans le droit maritime.

Il suffit de citer l'art. 2011 du Code civil : « Celui qui se rend caution d'une obligation se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation, *si le débiteur n'y satisfait pas lui-même.* »

Puis vient l'art. 2021 qui n'est pas moins clair : « La caution n'est obligée envers le créancier à le payer *qu'à défaut du débiteur* qui doit être préalablement discuté dans ses biens, à moins que la caution n'ait renoncé au bénéfice de discussion, ou à moins qu'elle ne se soit obligée *solidairement* avec le débiteur. »

Dans aucune police d'assurance maritime on ne trouvera trace d'une renonciation au bénéfice de discussion ni d'une obligation

[1] 1887, pag. 1517 et *Journal du Palais*, 1884, 1, pag. 25 et suiv.

Digitized by Google

solidaire avec celle du capitaine. Mais dans aucune, non plus, on ne trouvera trace d'une intention de subordonner la garantie des assureurs à la discussion préalable du capitaine. La garantie des risques est donnée directement par l'assureur à l'assuré. Le capitaine peut être et est le plus souvent inconnu de tous deux. Il pourra être, si d'aventure il est connu, remplacé par tout autre. Étrange contrat de cautionnement, en vérité, que celui où le cautionné n'est pas nommé, n'est pas connu!

L'assureur, ai-je dit, donne directement à l'assuré la garantie des risques, de tous les risques qu'il n'excepte pas expressément, de toutes les fortunes de mer. Il n'excepte pas la baraterie de patron, voilà tout, la baraterie qui est, pour l'assuré, un des plus redoutables risques de mer. Émérigon l'avait déjà déclaré dans son robuste bon sens : « La baraterie n'est pas moins un risque et un très grand risque maritime. »

L'art. 1er de la police française d'assurance sur marchandises porte : « Sont aux risques des assureurs tous dommages et pertes qui arrivent aux choses assurées par tempête, naufrage..., jet, feu, pillage, *piraterie et baraterie*, et généralement par tous accidents et fortunes de mer. » La baraterie est donc bien, dans la langue des assureurs comme dans la réalité, une fortune de mer, laquelle est directement garantie, à l'égal de toutes les autres. L'idée d'un cautionnement est absente. Je prie même de remarquer le rapprochement des mots *piraterie et baraterie*. Les assureurs ne sont pas plus les cautions du capitaine que les cautions des pirates. J'engage les juristes qui ont proposé la doctrine de la caution en matière de baraterie à soutenir que lorsqu'un navire aura été pillé par des pirates, l'assuré devra discuter Messieurs les pirates en tous leurs biens, avant de s'adresser à la garantie des assureurs. Ce sera aussi sérieux.

Je fais une observation assez curieuse, bien qu'inutile à ma thèse. C'est la caution qui est une espèce d'assureur. Le contrat de cautionnement contient tous les éléments d'une véritable assurance. Il y a un risque défini dont la garantie est promise : l'insolvabilité du débiteur. Il y a une commission stipulée, qui est le prix de la garantie ou la prime d'assurance. La caution est donc un assureur. La réciproque est fausse. Je me range,

Digitized by Google

absolument et sans hésiter, à l'opinion développée par M. Ch. Lyon-Caen. L'assureur qui n'a pas excepté la baraterie est directement obligé envers l'assuré à la réparation des dommages causés par la baraterie. Il n'est aucunement la caution du capitaine.

II.

Suit-il de là que l'assuré, armé de son action directe contre les assureurs, pourrait impunément commettre toutes les négligences qui, par sa faute, les priveraient d'un recours utile?

Dieu me garde de proférer cette énormité, dont l'erreur serait comparable à celle que je viens de réfuter en peu de mots.

Nons sommes ici dans le droit naturel et le bon sens; dans le droit commun, art. 1382 et 1383 du Code civil; dans le droit spécial maritime, art. 381 du Code de commerce, sainement interprété; dans le droit conventionnel enfin. L'art. 19 de la police française porte que l'assuré *doit* prendre ou requérir toutes mesures conservatoires, qu'il est responsable *de sa négligence* à prendre lui-même les mesures de conservation. L'article 381 du Code de commerce porte que l'assuré *doit travailler* au recouvrement des effets naufragés. On remarquera l'énergie de l'expression. Le devoir de l'assuré va jusqu'à celui de l'action ou du travail. L'art. 1383 du Code civil porte que chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore *par sa négligence*. Comment, en présence de tant de textes, l'assuré pourrait-il prétendre à l'immunité de ses négligences, dommageables à l'assureur?

Non, il ne saurait, non plus que tout autre citoyen, échapper à la responsabilité de ses négligences, constatées et dommageables. Seulement, nous entrons dans le domaine des faits et des appréciations. Il faut que l'assureur qui se dit lésé démontre premièrement là négligence fautive, secondement le dommage et la quotité du dommage.

Ainsi l'assureur qui pour repousser la réclamation d'un dommage, en lui-même justifié, oppose, comme exception, que l'assuré aurait négligé de conserver des recours dans les courts délais des art. 435 et 436 du Code de commerce me paraît s'égarer. J'entends trop souvent poser la question dans ces termes

Digitized by Google

aigus. Je crois que c'est une erreur de droit. Si le dommage est justifié, encore qu'il puisse avoir été causé par une faute du capitaine, il est directement, *ipso facto*, à la charge de l'assureur. Celui-ci n'oppose pas une exception, comme il opposerait celle des risques de guerre, du vice propre, de la faute personnelle de l'assuré. Il se plaint d'un préjudice. C'est une sorte de demande reconventionnelle, mais une demande dont il a la charge d'établir le bien fondé. Il a donc à démontrer que l'assuré a commis une négligence et que cette négligence lui a été préjudiciable.

Or, dans les circonstances actuelles de la navigation, il s'en faut bien que cette démonstration soit toujours facile. Une fois de plus, je suis amené à faire remarquer combien le droit se modifie en raison du changement des circonstances de la navigation. Je me suis amusé à donner à l'un des chapitres de mon troisième volume de questions de droit maritime le titre suivant : *l'influence du télégraphe sur le droit maritime*. Je vais suivre le même ordre d'idées.

Qu'était la navigation, lors de la confection des art. 435 et 436 du Code de commerce?

Il n'existait que des navires à voile. Ces navires rentraient dans nos ports, ordinairement chargés d'une seule espèce de denrées, sucres, cafés, cotons, blés ou liquides. Il n'y avait qu'un seul réclamateur du chargement, ou du moins les destinataires étaient peu nombreux. Toutes les opérations étaient calmes et lentes. Le navire séjournait un mois et très souvent davantage dans son port de destination. Le fret n'était jamais, ou presque jamais, payé d'avance. Jamais, c'est une exonération toute moderne, les armateurs n'avaient imaginé de s'affranchir, par les connaissements, de la responsabilité des vices d'arrimage et autres fautes du capitaine.

Dans ces conditions, on avait le loisir des vérifications. Quand des marchandises étaient débarquées avariées, sans doute le réclamateur devait protester dans les vingt-quatre heures. Ce délai, qui paraît si court, était suffisant. Le réclamateur, assistant au déchargement, avait la marchandise sous les yeux. Il voyait, à première vue, avant de la recevoir, si elle était avariée. Il voyait, en montant à bord, l'arrimage, le fardage ou le grenier.

Digitized by Google

Après cette protestation conservatoire, dont le vrai caractère est celui d'une réserve, il avait un mois pour délibérer s'il introduirait une demande en justice. Ce mois pouvait être employé, et l'était en effet, en vérifications de l'arrimage, en expertises, en pourparlers, en négociations de transactions. Le fret, dont le paiement était suspendu jusqu'à l'entier déchargement et le règlement du litige, suffisait d'ordinaire à garantir la compensation du dommage. Si le fret ne suffisait pas, il serait toujours temps de saisir le navire, qui restait amarré au quai. Le réclamateur, qui avait d'ailleurs le loisir d'appeler et de consulter ses assureurs, se gardait bien d'intenter, sans y être contraint, un procès téméraire, ou d'opérer une saisie plus téméraire encore. Il avait un mois pour s'informer, vérifier et délibérer.

Telles étaient les mœurs d'un bon vieux temps qui n'est pas trop éloigné de nous, et tel était le droit, conforme aux mœurs.

Maintenant je prie de comparer ces mœurs à celles de la navigation moderne, surtout dans l'immense commerce d'exportation des objets fabriqués.

Un bateau à vapeur de grande vitesse, postal ou autre, entre un jour dans un port ou même s'arrête sur la rade pour épargner quelques heures. Il est chargé de plusieurs centaines ou de plusieurs milliers de colis divers. Il se débarrasse à la hâte des colis destinés pour ce port, et repart. Tout est précipité, tout est haletant, comme la machine elle-même. Les colis sont des caisses pleines, des emballages revêtant d'autres caisses de zinc. L'emballage extérieur peut être mouillé sans que le contenu soit atteint. Souvent c'est le contraire. Il y a des avaries intérieures que ne révélait aucune offense visible de l'enveloppe. Les colis entassés sur des allèges ou sur des camions doivent passer par la douane.

Est-il matériellement possible que le destinataire vérifie le contenu dans les vingt-quatre heures?

Non, c'est de l'impossibilité absolue. Exigera-t-on qu'il fasse à tout hasard une protestation? Il faudrait la faire pour tous les colis quelconques. C'est de l'impossibilité commerciale, c'est de l'absurde, et il ne me semble pas qu'on doive demander l'absurde. A quoi bon d'ailleurs cette vaine démonstration? Le fret a

Digitized by Google

été payé d'avance, le navire est déjà loin. Il n'est pas possible de vérifier l'arrimage, et il n'y a rien à saisir. Ce n'est pas tout. Le destinataire lit sur son connaissement que le capitaine s'est exonéré de toute responsabilité. Le destinataire s'abstient donc. Est-ce là de la négligence fautive ?

Je sais bien, je l'ai professé moi-même à plusieurs reprises, que d'après une saine jurisprudence la clause d'exonération ne peut pas s'appliquer aux fautes lourdes. Mais le destinataire lointain, privé de tous moyens d'information, sera-t-il juge de la faute lourde ?

Comment la prouvera-t-il ? Intentera-t-il un procès et à qui ? Si le navire est encore au port ou y reparaît, saisira-t-il le navire, au risque d'énormes dommages-intérêts qui peuvent se chiffrer par centaines de mille francs, pour avoir sûreté d'un dommage de quelques cents francs ? Non, tout cela se heurte aux cataractes de l'impossible et de l'absurde, et le droit, encore une fois, ne peut pas être la consécration de l'absurde.

Les assureurs n'ignorent aucune de ces circonstances. Dans la précipitation des opérations de chargement et de déchargement, il se commet beaucoup de fautes dommageables, c'est incontestable. Les assureurs le savent et en courent les risques. A eux de fixer leurs primes en conséquence. Ils ne sont pas recevables à reprocher aux assurés d'avoir négligé le formalisme des articles 435 et 436, quand l'accomplissement de ce formalisme eût été impossible ou absurde. Ce n'est pas alors une négligence.

Mais ce pourra être, dans certains cas exceptionnels, une négligence. Ainsi, on en a plusieurs exemples, un vapeur, en entrant au port, est fortement incliné ou, comme on dit dans la langue technique, donne de la bande. C'est la preuve palpable, visible à tous les yeux, d'un mauvais arrimage. Les colis du côté qui plongeait sont débarqués tout mouillés. Ou bien, des colis sont débarqués noircis, charbonnés, calcinés par les feux de la machine. Ou encore, les colis sont livrés visiblement fracturés, et des marchandises ont été soustraites. Le destinataire qui les reçoit sans protestation pourra être jugé coupable d'une négligence préjudiciable aux assureurs. Pourquoi ? Parce que pouvant protester utilement, il a négligé de le faire. Les tribunaux apprécie-

Digitized by Google

ront la faute dommageable et les circonstances, comme font les tribunaux civils pour l'application des art. 1382 et 1383 du Code civil.

C'est ainsi que la jurisprudence commerciale, en dehors de toute question de recours, s'est donné, avec raison, une grande liberté d'allures pour interpréter l'art. 435 du Code de commerce, dans les relations directes de l'assuré à l'assureur. L'article 435 porte aussi que « sont non-recevables toutes actions..... *contre les assureurs* pour dommage arrivé à la marchandise, si elle a été *reçue* sans protestation. » Qu'est-ce qu'une marchandise *reçue?* Les tribunaux biaisent, transigent avec le texte, l'éludent en quelque sorte, pour rendre des décisions conformes à l'équité et aux nécessités commerciales. Les assureurs loyaux, ou dominés par les nécessités pratiques, commencent eux-mêmes par biaiser et distinguer. Ils n'opposent pas le texte à ces destinataires lointains dont j'ai parlé, *recevant sans protestation* des caisses d'objets manufacturés. Ils l'opposeraient au destinataire du Havre, *recevant* des sacs mouillés de sucre ou de café. De part et d'autre cependant il y a eu *réception.* Mais le destinataire, au Havre, pouvait voir l'avarie. Il ne pouvait pas, là-bas, voir l'intérieur de la caisse.

Dans le premier volume de mes *questions de droit maritime,* pages 196 et suivantes, j'ai cité des décisions qui montrent avec quel sans-gêne les tribunaux interprètent ou étendent le mot de *réception.* Un tribunal a imparti aux assurés un délai de dix jours au lieu de vingt-quatre heures, parce que ce serait l'usage à San Francisco. Je ne songe pas à l'en blâmer. Un arrêt de la Cour de Rouen du 30 janvier 1843 a été bien plus large encore. « Attendu, dit-il, qu'en ne déterminant pas quels faits constituent *la réception,* la loi a voulu *laisser aux tribunaux* la faculté de décider *suivant les circonstances* à quel moment l'assuré ou le réclamateur seraient *réputés* avoir reçu la marchandise. » Ce n'est pas moi qui ai pris ces licences avec le texte, c'est un arrêt de Cour souveraine, dominé par le bon sens et les nécessités commerciales, et l'on voit ce qui est resté de la fin de non-recevoir de vingt-quatre heures de l'art. 435. Les tribunaux apprécient librement s'il y a eu retardement excessif et négligence,

Digitized by Google

suivant les circonstances. Enfin les assureurs de Paris ont avisé, et, dans la formule de la police d'exportation, ils ont imparti, pour la constatation des avaries, un délai de trente jours à compter *du débarquement*, renonçant à se prévaloir du défaut de protestation dans les vingt-quatre heures. Ça été encore un hommage au bon sens. Le bon sens ne permet pas davantage aux assureurs d'opposer aux assurés le défaut de protestation contre le capitaine, quand cette protestation aurait été impossible ou inutile.

Si les assureurs sont rarement admissibles à opposer, comme exception péremptoire, la non observation des art. 435 et 436 du Code de commerce, est-ce une exception plus péremptoire pour les sociétés de navigation, attaquées en réparation de leurs fautes ou de celles de leurs préposés? En aucune façon. Les sociétés sont beaucoup plus âpres que les assureurs à invoquer lesdits textes, qui sont pour elles l'arche sainte, et qu'elles inventeraient s'ils n'existaient pas. On sait de plus quelle application elles ont à s'exonérer de toute responsabilité par les connaissements. Et néanmoins, que de litiges! La fonction de chef du contentieux n'est pas là une sinécure. Je citerais une société qui entretient communément une centaine de procès, presque tous sur la clause d'exonération.

C'est que, d'une part, la clause d'exonération, que j'ai reconnue licite en elle-même pour les fautes légères, ne protège pas, ainsi que je le disais plus haut, contre les fautes lourdes. L'ordre public serait manifestement blessé par l'absolution des fautes qui compromettent la sécurité de la navigation et la vie des hommes. En outre, les compagnies postales subventionnées sont investies, comme les compagnies de chemins de fer, d'une sorte de monopole et de privilège qui diminue la valeur du consentement des chargeurs. L'équité des tribunaux sait tenir compte de toutes les considérations.

Il y a d'autres fautes que celles qui mettraient en péril la vie des hommes. Je suppose qu'une famille de passagers, ayant pris des billets de passage pour le Chili, soit dirigée, par une erreur démontrée des préposés de la Compagnie, sur le paquebot en partance pour New-York où elle se trouvera transportée, pense-

Digitized by Google

t-on qu'elle n'aura pas droit à une indemnité? Si le cas est rare pour des passagers, il ne l'est pas pour des marchandises. Il y a des colis qui font fausse route et se livrent aux plus étranges vagabondages. Ils se retrouvent quelquefois, pas toujours. La compagnie jouira-t-elle de l'immunité de ces désordres, en vertu de sa clause d'exonération, de l'immunité même de la perte des colis qui ne se retrouvent pas? Elle n'ose pas toujours le plaider, ou, si elle plaide, les tribunaux apprécient.

Quant aux art. 435 et 436, si c'est l'organisation même des services de la compagnie qui en rend l'application *impossible*, comment seraient-ils pour elle une cuirasse impénétrable? Si vous voulez que je puisse protester dans les vingt-quatre heures et intenter une action dans le mois, remettez-moi donc mes caisses en me permettant de les ouvrir en votre présence, et permettez-moi aussi de vérifier l'arrimage. Mais avant que j'aie vu mes caisses, que vous avez jetées sur une allège ou sur un quai, votre navire s'est esquivé. Je ne suis en présence de personne. Je ne vous accuse pas, ce sont les nécessités de votre service rapide, les nécessités de la navigation moderne. D'accord. Seulement, n'invoquez pas les art. 435 et 436, dont vous avez détruit la possibilité d'application, par votre fait.

J'entends quelques légistes se récrier que ce sera de la justice arbitraire. N'est-ce par toujours de la justice arbitraire que l'appréciation des faits et de tous les degrés de la faute? Qu'on se souvienne de l'arrêt de la Cour de Rouen cité plus haut, déclarant que la loi a voulu laisser aux tribunaux la faculté de décider suivant les circonstances. J'aime mieux d'ailleurs la justice arbitraire que l'injustice flagrante. Or, c'est injustice flagrante que de me reprocher de n'avoir point fait ce que vous m'avez rendu impossible de faire. C'est comme si vous me reprochiez de ne pas courir après que vous m'auriez lié les pieds.

Un jour, un grand orateur, M. de Montalembert, prononça cette parole : Il n'y a de légitime que ce qui est possible. Ce fut un gros scandale pour les légistes et les docteurs du dogmatisme politique. L'orateur était un sceptique qui méconnaissait et outrageait les principes. Je crois bien qu'en politique il avait raison. Il ne disait certes pas, ainsi qu'on affectait de comprendre,

Digitized by Google

que tout ce qui est possible fût légitime. Il disait et voulait dire que, pour des hommes politiques, il est oiseux de s'attacher à des principes d'une application reconnue impossible.

J'en dirai autant en jurisprudence. Tout ce qui est possible n'est certainement pas juridique, mais il n'y a de juridique que ce qui est possible.

C'est encore ainsi que j'interprète l'art. 435 en ce qui touche l'abordage, et ici je soutiens même que j'ai pour moi, en outre du bon sens, la grammaire et le texte : « Sont non-recevables.... toutes actions en indemnité pour dommages *causés par l'abordage dans un lieu où le capitaine* A PU AGIR. » Si, dans le lieu de l'abordage, dans un port, le capitaine *a pu agir*, c'est *le possible*, et l'article reçoit son application. Si, dans le lieu de l'abordage, en pleine mer, le capitaine *n'a pas pu agir*, c'est *l'impossible*, et l'article est sans application.

M. Ch. Lyon-Caen, dans sa dissertation, n'a pas indiqué cette distinction. Il semble admettre que toutes les fois que la réclamation n'a pas été faite dans les vingt-quatre heures, toutes les actions sont éteintes. C'est là, dit-il, une solution rigoureuse, *mais qui est certainement celle du Code français*. Ce n'est pas mon avis. J'accorde seulement que c'est la solution de la jurisprudence française, que je déplore et que je combats avec une conviction obstinée.

Après avoir écarté l'idée de la caution, en quoi je suis complètement de son opinion, M. Ch. Lyon-Caen établit, par d'excellentes raisons, qu'il ne s'ensuit en aucune manière que l'assuré puisse impunément s'abstenir de diligences contre le capitaine : « L'assuré négligent, dit-il, peut être déclaré res-« ponsable envers l'assureur du préjudice qu'il lui a causé en « ne conservant pas ses droits et en rendant la subrogation im-« possible. »

La proposition ainsi formulée me paraît incontestable, et je suis complétement encore de l'opinion du savant professeur. J'ai déjà dit que les assurés, seuls de tous les citoyens, ne sont pas investis du singulier privilège de pouvoir impunément porter préjudice à autrui par leur négligence. Où je crains un dissenti-

Digitized by Google

ment, c'est quand l'annotateur accueille l'idée d'une déchéance encourue, par le fait de la non-protestation contre le capitaine, auquel il faudrait ajouter l'omission d'une poursuite en justice dans le mois de la protestation. A mes yeux, ce n'est pas là une déchéance. L'action de l'assuré contre l'assureur, à raison des dommages justifiés, sera toujours recevable. Si l'assureur oppose une négligence commise, cela prend le caractère d'une demande reconventionnelle. L'assureur doit justifier à son tour et de la faute et du préjudice. Les tribunaux apprécieront, *suivant les circonstances*. Or, dans les circonstances de la navigation moderne, il est rare, ainsi que je l'ai montré, que ce soit une faute pour le destinataire d'une marchandise de ne pas protester, de ne pas actionner en justice le capitaine. Le destinataire a trop souvent l'excuse de l'impossible, ou celle de la vanité, de la témérité même des poursuites. Les assureurs ne peuvent pas demander aux assurés d'être si processifs, de ne recevoir leurs marchandises que sous l'escorte d'un huissier, de poursuivre les capitaines d'assignations téméraires ni de saisir le navire qui va échapper. L'assuré qui aura commis une négligence fautive et dommageable en sera responsable, sans aucun doute. Le principe est sauf. Les tribunaux apprécieront la faute et le dommage, et je répéterai le mot : il n'y a de juridique que ce qui est possible.

ALFRED DE COURCY.

DE LA CAPACITÉ DE S'OBLIGER DANS LES QUASI-CONTRATS,

Par M. Louis GUÉNÉE, avocat, docteur en droit.

Le laconisme des rédacteurs du Code, relativement aux quasi-contrats, soulève de nombreuses difficultés. Doit-on combler cette lacune en appliquant par analogie les principes qui gouvernent les contrats? A première vue l'affirmative semblerait s'imposer : l'expression même de quasi-contrat invite le commentateur à étendre en cette matière les règles prescrites au titre précédent.

Le mot n'est pas nouveau dans la langue juridique. On le rencontre déjà en droit romain ; mais, aujourd'hui, il est quelque peu détourné de son sens originaire. Les jurisconsultes romains, lorsqu'ils l'employaient, voulaient seulement indiquer que l'obligation

Digitized by Google

se comportait dans ses effets comme si elle était née d'un contrat : ils disent que telle personne est tenue *quasi ex contractu*, comme elle le serait par un contrat[1]. Pour eux il n'y avait que deux sources véritables d'obligations : les contrats et les délits[2].

Tel n'est pas le système du Code qui range les quasi-contrats parmi les sources des obligations (1370, C. civ.).

Le rapprochement entre les contrats et les quasi-contrats peut donc s'établir :

1° Au point de vue du fait générateur, et c'est l'idée moderne;

2° Au point de vue des effets, comme cela avait lieu à Rome.

Mais faut-il aller plus loin et appliquer aux quasi-contrats les mêmes conditions de validité? La comparaison nous a paru intéressante surtout en ce qui touche la capacité de s'obliger.

Il est nécessaire tout d'abord de s'entendre sur la source même des obligations quasi-contractuelles. Des auteurs réduisent à deux les causes génératrices des obligations : les contrats et la loi. Tous les engagements qui, aux termes de l'art. 1370, se forment sans convention dériveraient de la loi, qu'il s'agisse de quasi-contrats, de délits ou de quasi-délits. « Quant aux engagements qui se « forment sans qu'il intervienne aucune convention, dit Toullier, « il est bien évident qu'ils ne peuvent devoir leur naissance qu'à « la toute-puissance de la loi[3]. »

Raisonner de la sorte c'est faire abstraction des textes. L'article 1370 distingue très nettement les engagements qui résultent de l'autorité directe de la loi et ceux qui résultent d'un fait personnel à l'obligé; ces derniers seuls constituent des quasi-contrats. D'après cet article, le quasi-contrat suppose un acte personnel à celui qui s'oblige; celui qui se trouve tenu sans son fait l'est en vertu de la loi. Prenons pour exemple la gestion d'affaires : si on considère la personne de qui émane le fait volontaire et licite, le gérant, son obligation naît d'un quasi-contrat. — Si au contraire on envisage la personne qui joue dans l'opération un rôle passif, le géré, son obligation dérive de la loi.

Cette distinction présente un certain caractère rationnel. La

[1] Ducaurroy, *Instit. expliquées*, t. III, n°s 1086 et suiv.

[2] Gaïus, 3, § 88.

[3] Toullier, t. XI, n° 6; cf. Larombière sur l'art. 1370, n° 3, t. V, p. 457.

Digitized by Google

différence qui sépare le gérant du géré, l'un intervenant volontairement, l'autre se trouvant tenu sans son consentement, même à son insu, s'oppose à ce qu'on attribue à leurs obligations respectives une cause identique. Le fait de la gestion ne saurait, comme le mandat œuvre de deux volontés, être le principe unique des deux obligations.

L'art. 1371 dément-il notre assertion? Il définit le quasi-contrat : un fait purement volontaire duquel il résulte « un « engagement quelconque envers un tiers, et quelquefois un « engagement réciproque des deux parties. » Ce qui reviendrait à dire que les obligations du géré et du gérant auraient la même origine. Alors les dispositions des art. 1370 et 1371 seraient contradictoires? Nous avons peine à le croire; à nos yeux, l'art. 1371 exprime seulement cette vérité d'évidence que des actes de gestion sont nécessaires pour qu'il y ait quasi-contrat. Mais est-ce dans ces actes que réside la cause véritable de l'engagement du géré? Non; c'est la loi elle-même qui le lui impose par des considérations d'équité et d'utilité sociale.

Les travaux préparatoires favorisent du reste cette interprétation. Les rédacteurs du Code, lorsqu'ils parlent de quasi-contrats, se réfèrent uniquement au cas où il y a un fait volontaire de la part de celui qui s'oblige [1].

Ainsi, les obligations qui se forment sans convention, naissent de la loi ou d'un fait de l'homme autre qu'un contrat.

Les critiques n'ont pas manqué contre cette distinction, inconnue des jurisconsultes romains [2]. On s'étonne, par exemple, de voir la tutelle devenir un quasi-contrat lorsqu'elle peut être refusée et une obligation légale quand elle ne peut être déclinée. Pourtant la séparation que l'art. 1370 établit entre les engagements qui se forment volontairement et ceux qui se forment involontairement a quelque chose d'exact : sans doute, c'est toujours la loi qui est en réalité la source de l'obligation, et un acte volontaire n'entraîne pas nécessairement chez celui de qui il émane l'intention de s'obliger, mais il n'en reste pas moins

[1] Cf. Fenet, t. XIII, p. 458, 464 et 470.

[2] Accarias, t. II, n° 655, p. 588; Demangeat, *Cours de dr. rom.*, t. II, p. 335.

Digitized by Google

vrai que l'intervention du législateur se manifeste d'une manière plus ou moins large selon qu'il se trouve ou non en présence d'un fait volontaire de l'homme.

Quoi qu'il en soit, la distinction existe et il n'est pas permis de la supprimer. Elle a, du reste, une importance capitale, lorsqu'il s'agit de savoir si les règles des contrats relatives à la capacité doivent s'étendre aux quasi-contrats.

Aucune difficulté pour les auteurs qui admettent que toutes les obligations nées en dehors des conventions ont une commune origine, qu'elles dérivent de la loi, ou plutôt, pour eux la question ne s'élève même pas : dès que le législateur impose une obligation à une personne déterminée, cette personne est tenue sans qu'il y ait à s'enquérir de sa capacité.

Avec notre principe, la solution sera différente. Il faudra rechercher si l'engagement résulte de la loi ou d'un fait volontaire. Dans le premier cas, aucune condition de capacité n'est requise. Mais que décider dans le second cas? Examinons, sous ce rapport, les deux quasi-contrats dont traite le Code : la gestion d'affaires et le paiement de l'indû.

I.

La question est vivement controversée pour la gestion d'affaires; elle doit être étudiée séparément, d'abord dans la personne du gérant, puis dans celle du géré.

I. *Capacité requise chez le gérant.* — Doit-on exiger, pour la formation du quasi-contrat, la capacité de s'obliger chez celui qui, spontanément, s'ingère dans les affaires d'autrui, ou, ce qui revient au même, son incapacité ne limitera-t-elle pas, dans une certaine mesure, les droits du géré?

En comparant la définition de la gestion d'affaires (art. 1372) avec celle du mandat (art. 1984), on est frappé de l'étroite affinité qui existe entre le contrat et le quasi-contrat; aussi l'art. 1372 déclare-t-il que « le gérant se soumet à toutes les obligations qui « résulteraient d'un mandat exprès que lui aurait donné le pro- « priétaire. » Si les effets, si les obligations sont les mêmes, il paraîtrait logique d'en conclure que le gérant doit avoir la même capacité qu'un mandataire.

Digitized by Google

Il y a lieu de croire qu'une semblable déduction n'a pas le caractère d'évidence qu'elle présente au premier abord, car elle est loin d'être acceptée par tous les auteurs.

Quelques mots des précédents historiques. A Rome, le pupille qui, sans l'*auctoritas tutoris*, gérait les affaires d'autrui, était tenu en principe; seulement on ne pouvait le poursuivre que jusqu'à concurrence de l'enrichissement par lui réalisé. S'avisait-il de poursuivre le maître par l'action *contraria*, son obligation reprenait toute sa force et pouvait lui être opposée par voie de compensation comme s'il eût eu le plein exercice de ses droits [1].

Dans l'ancienne jurisprudence Pothier voulait que le gérant eût la capacité de s'obliger : « Une femme mariée n'est pas capa-
« ble des obligations qui naissent de quelque contrat que ce soit,
« ni de celles qui naissent d'une acceptation de succession, ou
« d'une gestion d'affaires d'autrui, ou d'affaires communes, si
« elle n'a été autorisée pour ces contrats ou pour cette gestion,
« ne pouvant sans autorisation faire valablement toutes ces
« choses. » (*Traité de la puissance du mari*, n° 50).

A Pothier on oppose d'ordinaire le passage suivant de Domat : « Si une femme s'était ingérée à la conduite des affaires d'une
« autre personne à son insu, elle serait tenue selon les règles
« précédentes; car encore que les femmes ne puissent être
« nommées tutrices ou curatrices, elles entrent dans les engage-
« ments qui peuvent naître de l'administration où elles s'ingè-
« rent [2]. »

Pothier et Domat étaient-ils vraiment en désaccord? Généralement, les auteurs invoquent l'autorité de l'un ou de l'autre suivant l'opinion qu'ils adoptent. Nous ne croyons pas qu'une telle divergence ait séparé les deux jurisconsultes. Une lecture attentive des passages précédemment cités prouve qu'ils visaient des hypothèses différentes. Domat ne parle ni de mariage, ni d'autorisation maritale; la manière dont il s'exprime, la loi romaine par lui citée (l. 3, § 1, *Neg. gest.*, III, 5, D.) permettaient déjà de conclure qu'il examinait la question de capacité de la

[1] Ulpien, l. 3, § 4. *Neg. gest.*, III. 5, D. Cf. Accarias, *Précis de Droit romain*, t. II, n° 657 *in fine*.

[2] *Lois civiles*, liv. II, tit. IV, sect. 1, n° 10.

Digitized by Google

femme, non pas comme mariée, mais à raison de son sexe. Voici du reste une considération décisive : si on réfléchit que Domat avait pour but de montrer l'application dans les lois romaines des principes rationnels de toute législation, on comprendra que l'incapacité de la femme mariée, étrangère au droit romain, ne devait pas trouver place dans son œuvre. Aussi, lorsqu'il énumère au livre préliminaire tit. II, sect. 2, les incapacités qui dérivent des lois civiles, ne mentionne-t-il pas celle de la femme mariée.

Parmi les partisans du système attribué à Domat, nous trouvons en première ligne les auteurs qui enseignent que l'obligation découle ici de la loi. En cela ils sont logiques; lorsque la volonté ne joue aucun rôle, il n'y a pas à parler de capacité. Le législateur a pu assujettir les parties à des conditions de capacité juridique pour les obligations qui naissent de leur consentement; il ne le pouvait, sans se mettre en contradiction avec lui-même, pour les engagements qu'il crée de sa propre autorité.

La question se pose pour tous les incapables : mineurs et interdits, elle est surtout délicate pour la femme mariée. On fait observer que les textes qui déclarent son incapacité civile ne parlent que des contrats. L'art. 1124, C. civ., porte en effet : « Les incapables de *contracter* sont : ..... les femmes mariées, « dans les cas exprimés par la loi. » Le même langage se retrouve dans les art. 221, 222 et 224. Or, les incapacités sont de droit étroit; il est impossible, en l'absence d'un texte, d'étendre aux quasi-contrats ce que la loi décide des contrats. Bien mieux, l'art. 217, qui pose le principe pour la femme mariée, procède par voie d'énumération; il évite soigneusement de se servir de l'expression « s'obliger » qui comprendrait à la fois les contrats et les quasi-contrats, alors que la section de législation du Tribunat en avait demandé l'insertion.

Cette distinction contre les contrats et les quasi-contrats est conforme, d'ailleurs, à l'équité et à la raison. Celui qui traite avec un incapable en lui donnant mandat, accepte son incapacité. Si le recours qu'il exerce est inefficace, il serait mal venu à s'en plaindre; il a commis une imprudence, à lui d'en subir les suites. Voilà pourquoi l'art. 1970, après avoir dit que les femmes, les mineurs, peuvent être choisis pour mandataires, ajoute aus-

Digitized by Google

sitôt que le mandant « n'a d'action contre le mandataire mineur « que d'après les règles générales relatives aux obligations des « mineurs, et contre la femme mariée qui a accepté le mandat « sans autorisation de son mari, que d'après les règles établies « au titre du contrat de mariage et des droits respectifs des « époux. »

On ne saurait transporter cette décision du contrat de mandat à la gestion d'affaires. Une femme mariée s'avise de gérer les affaires d'un tiers, celui-ci n'a commis ni faute ni imprudence, puisqu'il n'était pas libre de s'opposer à une semblable intervention. Comment alors permettre à la femme de se retrancher ensuite derrière son incapacité, pour se soustraire aux conséquences d'une gestion qu'elle a eu le tort d'entreprendre ?

La femme mariée, le mineur, seront donc tenus envers le maître, de la même manière que s'ils étaient capables, de toutes les obligations qui résultent d'une gestion d'affaires (1372-1374) et notamment de continuer la gestion qu'ils ont commencée [1].

Un parti important dans la doctrine admet avec Pothier (*loc. sup. cit.*) que les incapables qui gèrent les affaires d'autrui ne se soumettent pas aux obligations résultant de leur gestion.

Les arguments ne manquent pas non plus en faveur de cette seconde thèse. Le terme de quasi-contrat dont s'est servi le législateur, le peu de détails qu'il consacre à cette matière, fournissent déjà un grave préjugé en ce sens. Le quasi-contrat est un fait volontaire qui oblige celui qui l'a accompli (art. 1371); eh bien ! la volonté, pour produire des effets légaux, doit réunir les conditions requises dans les contrats, c'est-à-dire émaner d'une personne capable.

De plus les textes, sainement entendus, conduisent à cette solution.

D'abord, l'art. 450 C. civ. proclame l'incapacité du mineur de la manière la plus générale, puisqu'il donne mission au tuteur de le représenter « dans tous les actes civils. » Le mineur ne pourra

[1] Toullier, t. XI, nos 39 et 40. — Duranton, t. II, no 497 et t. XIII, nos 662 et 663. — Zachariæ, § 441. — Valette sur Proudhon, t. I, p. 463 et *Cours de Code civ.*, t. I, p. 336. — Larombière, *Théorie et pratique des oblig.*, t. V., art. 1374, no 9.

Digitized by Google

donc agir par lui-même. Autrement, l'œuvre de la loi serait bien incomplète : après avoir établi un système de protection sagement combiné dans l'intérêt de sa fortune, elle lui aurait néanmoins laissé le moyen de se ruiner en s'engageant librement par des quasi-contrats !

L'art. 509 C. civ. assimile complètement à cet égard l'interdit au mineur en tutelle. Quant au mineur émancipé, il n'a le droit de faire sur son patrimoine que des actes de pure administration (art. 481).

Reste la femme mariée. On prétend que les différents articles qui limitent sa capacité se réfèrent aux contrats et non aux quasi-contrats.

C'est là qu'est l'erreur. L'art. 1124, sans doute, ne mentionne que l'incapacité de contracter, mais il ne faut pas oublier que ce texte est placé au titre des contrats et que, par suite, il n'avait pas à s'occuper des quasi-contrats. L'art. 217 C. civ., spécial à la femme mariée, aurait pu, il est vrai, employer une formule plus compréhensive. La section de législation du Tribunat, voulait, en effet, que cette disposition déclarât expressément la femme incapable de s'obliger à l'exemple des coutumes de Paris (art. 234) et d'Orléans (art. 194 et 196) [1]. Si l'amendement du Tribunat ne fut pas adopté, cela tient vraisemblablement à ce que la rédaction qu'il proposait aura paru trop absolue, car la femme s'oblige par ses délits et quasi-délits, et elle peut se trouver tenue, indépendamment de toute autorisation, dans les divers cas où une obligation naît sans aucun fait de sa part. Le silence de l'art. 217 n'est donc pas suffisant pour écarter l'ancienne doctrine attestée par Pothier.

Et même, d'après une opinion assez accréditée, l'incapacité pour la femme de s'obliger résulterait de son incapacité d'aliéner formellement édictée par ce texte. On aliène, disent certains auteurs, de deux manières : soit directement, par les modes translatifs de propriété, soit indirectement par des obligations personnelles qui confèrent aux créanciers le droit de saisir et vendre les biens de leur débiteur; or, nul ne peut faire indirec-

[1] Locré, t. IV, p. 458 et 459.

Digitized by Google

tement ce que la loi lui défend de faire directement [1]. L'argument va trop loin. Il en faudrait logiquement conclure que les obligations contractées par une femme séparée de biens, pour cause d'administration ne sont pas exécutoires sur ses immeubles et cependant les mêmes auteurs reculent devant cette conséquence (Demolombe, t. IV, n° 161). Et puis, il est unanimement admis qu'un tuteur qui s'oblige pour son pupille, engage les biens immobiliers de celui-ci, quoiqu'il ne puisse les aliéner.

Si les incapables ne s'obligent pas plus par un quasi-contrat que par un contrat, est-ce à dire qu'ils vont échapper à toute action de la part de celui dont ils ont géré les affaires ? Non ; bien qu'ils ne soient pas tenus en qualité de gérant, ils répondent du moins des délits ou quasi-délits qu'ils auraient commis au cours de leur gestion (art. 1310). En outre, par application du principe général que nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui, ils doivent compte au maître du profit qu'ils ont retiré de leurs actes, par l'action *de in rem verso* qui a précisément pour but de suppléer à l'action *negotiorum gestorum* lorsque, pour une cause quelconque, celle-ci ne peut prendre naissance [2].

Telles sont les limitations que reçoit en pareil cas le recours du géré [3].

De ces deux théories, la seconde est assurément la plus juridique et nous n'hésitons pas à l'adopter en cherchant toutefois un principe qui permette d'éviter les inconvénients auxquels elle aboutit.

Le premier système remarque, en effet, avec beaucoup de force, que l'intérêt du maître se trouve sacrifié à celui de l'incapable, alors cependant qu'il n'avait aucun moyen de s'opposer à une gestion intempestive.

Voici comment nous envisageons la question. Si les incapables échappent aux obligations résultant de leurs contrats ou quasi-

[1] Demolombe, t. XXXI, n° 95; Valette sur Proudhon, t. II, p. 464.

[2] Cf. Pothier, *Du quasi-contrat neg. gest.*, n° 186.

[3] Delvincourt, t. I, p. 162. — Marcadé sur l'art. 1371, n° 3. — Domenget, *Traité du mandat*, t. II, n° 1291. — Aubry et Rau, t. IV, § 441, note 1, p. 722. — Colmet de Santerre, t. V, n° 347 *bis*, II. — Demolombe, t. XXXI, n°s 92 et suiv. — Laurent, *Droit civil*, t. XX, n° 312.

Digitized by Google

contrats, ils ne sont plus restituables contre celles qui naissent de leurs délits ou quasi-délits.

Or, l'immixtion d'une femme mariée, d'un mineur, dans les affaires d'autrui présente le caractère d'un quasi-délit qui comme tel engendre leur responsabilité. Le quasi-délit éveille l'idée d'un fait illicite. On entend par là un fait qui porte atteinte au droit d'autrui et qui ne constitue pas, de la part de son auteur, l'exercice d'un droit. Ces conditions se trouvent réunies dans l'espèce. D'abord toute personne dont on gère les biens a le droit d'exercer un recours contre le gérant; c'est donc porter atteinte à ce droit que de gérer, alors qu'on ne peut offrir comme garantie le recours que le quasi-contrat implique. D'autre part une semblable ingérence n'est pas l'exercice d'un droit pour l'incapable, à qui la loi interdit de s'obliger par quasi-contrat. Il peut assurément avoir été guidé par l'intention de rendre service; mais cette intention, son incapacité l'empêche de la réaliser : sa situation lui impose la réserve. Les actes de gestion présentent par conséquent le caractère d'actes illicites en donnant à ces expressions le sens large qu'elles doivent nécessairement avoir en matière de quasi-délits.

Mais ce que nous venons de dire de la gestion d'affaires ne serait-il pas également vrai des contrats ? Lorsqu'un incapable souscrit une convention, il commet aussi une faute, et le rendre passible de ses conséquences dommageables équivaudrait à le priver des garanties dont le législateur a voulu l'entourer. Comme l'a remarqué un arrêt récent de la Cour de cassation, trouver dans les contrats passés par le mineur le principe d'une faute quasi-délictuelle, ce serait anéantir les effets de la protection accordée à sa faiblesse [1]. Nous répondons qu'il n'y a plus quasi-délit quand le fait d'où résulte un préjudice pour autrui est imputable à la personne même qui éprouve ce préjudice : « *Quod quis* « *ex sua culpa damnum sentit, non intelligitur damnum sen-* « *tire.* » (L. 103, *De reg. jur.*, D.). Celui qui traite avec un mineur s'expose volontairement aux suites de son incapacité. Si le mineur n'est pas exempt de faute, la partie adverse a été au moins imprudente, il y a faute égale des deux côtés, les deux

[1] Req. 18 mai 1885, D. 86. 1. 146; *Adde*. Cass. 19 fév. 1856, D. 56. 1. 86.

Digitized by Google

responsabilités s'annihilent et se compensent. Dès lors, rien ne s'oppose à ce que l'incapable obtienne la rescision de la convention, sans qu'il puisse être condamné à des dommages et intérêts. Au contraire, le géré n'a pas autorisé la gestion, il la subit, et on ne pourrait, sans injustice, lui en faire supporter les conséquences fâcheuses.

Ainsi donc, par cela seul qu'il entreprend une gestion d'affaires, l'incapable engage sa responsabilité, non plus au titre de *negotiorum gestor*, mais par application de l'art. 1382. Il a commis une faute quasi-délictuelle qui s'appréciera en conformité de ce texte et non d'après les art. 1136, 1137, 1146 et suiv., lesquels ne régissent que les fautes en matière de contrats ou de quasi-contrats. Tout en maintenant le principe qu'un incapable ne peut s'obliger, ni par contrat, ni par quasi-contrat, nous arrivons à donner légitime satisfaction aux intérêts du maître.

Quant à l'interdit judiciairement, il ne peut être soumis à une responsabilité quasi-délictuelle qu'autant qu'il jouirait, au moment de l'accomplissement du fait, de ses facultés mentales; sauf bien entendu le recours contre les personnes sous la garde desquelles il est placé.

Voilà pour les actes personnels du gérant. Allons plus loin dans l'application de l'art. 1382. Au cours de sa gestion, l'incapable peut avoir traité avec des tiers; alors, sans aucun doute, puisqu'il s'agit de contrat, il ne sera tenu envers eux que jusqu'à concurrence de l'enrichissement par lui réalisé. Ainsi, il s'entend avec des entrepreneurs pour des réparations à un immeuble, ceux-ci n'auront action contre lui que dans les limites de l'indemnité qu'il recevra du maître. Dans de pareilles conditions, il rencontrera difficilement des tiers disposés à traiter avec lui. Bien mieux, ces tiers pourraient encourir à leur tour la responsabilité de l'art. 1382.

De sorte qu'en dernière analyse, le géré trouve dans la règle d'équité qui oblige toute personne ayant causé un dommage à le réparer, le fondement d'un recours en indemnité soit contre le gérant pour ses faits personnels — soit contre les tiers pour les actes qu'ils auraient passés avec lui.

La Cour de cassation n'a pas eu encore, à notre connaissance,

Digitized by Google

l'occasion de se prononcer. Toutefois elle paraît avoir pris parti incidemment. Elle avait à décider si le quasi-contrat de gestion d'affaires peut se former alors que le gérant, qui croyait agir exclusivement dans son propre intérêt, agissait aussi dans l'intérêt d'autrui. La Cour consacra l'affirmative, et parmi les motifs donnés à l'appui de sa solution, nous relevons ce considérant : « Attendu que les obligations réciproques qui peuvent « résulter d'un quasi-contrat de gestion d'affaires, naissent du « fait même de la gestion et de la loi, et non de l'intention des parties... » (Cass. 16 juin 1872, D. 72. 1. 471),

Avec un semblable point de départ, la Cour de cassation arriverait logiquement à déclarer que l'incapacité du gérant ne l'empêche pas de s'obliger, puisque cette obligation lui serait imposée par le législateur.

II. *Capacité requise dans la personne du géré.* — C'est la seconde face de la question. La réponse ne saurait faire doute. Ici il est vrai de dire que l'obligation a pour cause l'autorité de la loi, et non le fait personnel du maître, aussi ne doit-on pas s'enquérir de sa capacité [1].

On a voulu voir là une contradiction avec la solution donnée au cas précédent. On se refuse à admettre qu'une même doctrine puisse décider que l'incapable n'est pas obligé par quasi-contrat, lorsqu'il s'immisce dans les affaires d'autrui, et qu'il l'est quand un tiers entreprend la gestion de son patrimoine [2] !

Il n'y a aucune contradiction à déduire les conséquences de principes opposés. Les deux obligations procèdent de sources différentes. L'une, celle du gérant, est la seule qui résulte d'un fait volontaire, c'est-à-dire d'un quasi-contrat ; l'autre, celle du maître, dérive de la loi puisqu'elle se forme sans sa participation. Dès lors rien d'étonnant à ce que la capacité soit exigée chez le gérant, seul tenu *quasi ex contractu* et qu'elle cesse de l'être dans la personne du maître ; décision d'ailleurs en parfaite har-

[1] Cf. Merlin, *Répert.* v° *quasi-contrat*, n° 6. — Larombière, *op. cit.*, t. V, art. 1375, n° 23. — Aubry et Rau, t. IV § 441, p. 723, note 10. — Zachariæ, § 441, texte et note 8. — Colmet de Santerre, t. V, n° 347 *bis*, II. — Domolombe, t. XXXI, n° 100. — Laurent, *op. cit.*, t. XX, n° 339.

[2] Toullier, t. XI, n° 39.

Digitized by Google

monie avec le système du Code qui, relativement aux engagements nés sans convention, distingue selon qu'ils se forment volontairement ou involontairement.

Enfin Pothier, qui décidait, comme on l'a vu, que la femme non autorisée ne pouvait s'obliger par une gestion d'affaires, ajoutait immédiatement : « ... Mais à l'égard des obligations que « nous contractons, sans aucun fait de notre part, la femme est « capable de ces obligations, comme toute autre personne sans « le consentement de son mari. Telles sont les obligations que « nous contractons *quasi ex contractu* par le fait d'un autre, « sans aucun fait de notre part. Par exemple si pendant l'absence « du mari et de la femme, une personne a fait faire des répara- « tions urgentes à une maison propre de la femme, la femme est « obligée envers cette personne *quasi ex contractu negotiorum* « *gestorum*, sans qu'il soit besoin qu'il intervienne aucun con- « sentement de son mari ; car c'est le fait de ce *negotiorum ges-* « *tor* qui produit cette obligation sans aucun fait de la femme [1]. »

La Cour de cassation a appliqué ces idées à une espèce particulière d'incapacité. Une commune avait profité de fournitures à elle faites par un tiers, et il s'agissait de savoir si, malgré l'inaccomplissement des formalités prescrites par la loi du 18 juillet 1837, elle allait être tenue envers le fournisseur. La Cour suprême a jugé que ces formalités étaient spéciales au cas où la commune est poursuivie comme contractante et qu'il n'y avait plus nécessité de s'y conformer pour qu'elle fût tenue à un autre titre, par exemple en vertu des règles de la gestion d'affaires [2].

L'obligation du géré envers le gérant est donc indépendante de sa capacité : elle a toujours la même étendue.

Cependant quelques auteurs ne donnent contre le maître civilement incapable qu'une action *de in rem verso* [3]. Par conséquent si l'immeuble auquel un tiers a fait des réparations nécessaires vient à périr, ce tiers n'aura pas la répétition de ses déboursés.

[1] Pothier, *Traité de la puiss. du mari*, n° 50. — Cf. aussi *Oblig.* n° 113. — *Quasi-contrat neg. gest.*, n° 173.

[2] Cass. 15 juill. 1873, S. 74. 1. 30. — Cass. 19 déc. 1877, S. 78. 1. 57. — *Adde* Cour de Gand 20 nov. 1861, *Pasicrisie belge*, 62. 2. 13.

[3] Delvincourt, t. I, p. 75, n° 12. — Duranton, t. II, n° 497.

Digitized by Google

Le droit romain distinguait, à propos des pupilles. Si le gérant avait agi dans l'intérêt du tuteur, deux personnes étaient obligées envers lui : le tuteur, selon le droit commun et le pupille dans la mesure de son enrichissement [1]. Si, au contraire, il n'avait eu en vue que l'intérêt du pupille, il ne pouvait le poursuivre que jusqu'à concurrence de son profit [2].

Une pareille doctrine est inadmissible aujourd'hui. En décidant que l'incapable devait indemniser le gérant des dépenses utilement faites, nous avons évité à dessein de dire, ainsi qu'on l'a fait quelquefois, que cette obligation reposait sur la maxime d'équité que nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui. Cette formule, outre qu'elle n'a ici aucune utilité, est dangereuse parce que, une fois admise, elle conduirait à restreindre l'obligation d'indemniser au bénéfice réalisé par l'incapable.

Il faut s'en tenir aux principes, sans se laisser influencer par la tradition. Et d'ailleurs la tradition romaine a d'autant moins d'importance que Pothier la critiquait déjà. Il trouve, avec raison, contradictoire d'accorder au tuteur l'action *contraria tutelæ* contre l'impubère, lorsqu'il a utilement géré quoique l'utilité de la gestion n'ait pas persisté, tandis que, en pareil cas, on refuse contre ce même impubère l'action *contraria negotiorum gestorum* (*Traité du quasi-contrat neg. gest.*, n° 224 *in fine*).

L'idée dominante est toujours celle-ci : lorsqu'une personne est tenue indépendamment de tout fait volontaire, il n'y a pas à s'occuper de sa capacité.

Dès que la gestion a été bonne et utile, l'obligation d'indemniser le gérant prend naissance (art. 1375); elle subsiste quoi qu'il advienne, alors même que le bien qui a profité des réparations viendrait à périr fortuitement.

II.

Le paiement de l'indû engendre une action en répétition au profit de celui qui l'a fait contre celui qui l'a reçu (art. 1376).

L'*accipiens* se trouve obligé à restituer, en vertu d'un fait

[1] L. 6, pr. *neg. gest.*; D. — Cf. Accarias, *Précis de dr. romain*, t. II, n° 657 A, p. 596, note 3.

[2] Paul, L. 37, pr. *neg. gest.*, D. — L. 2, *neg. gest.*, C.

Digitized by Google

volontaire de sa part : la réception du paiement, aussi exigerons-nous, d'après le principe précédemment posé, qu'il ait la capacité civile, si non, il n'est tenu que dans la limite du profit qu'il réalise, nul ne pouvant s'enrichir aux dépens d'autrui (argum., art. 1241, 1312). Toutefois, lorsqu'il y a de sa part délit ou quasi-délit, l'*accipiens* devra réparer le préjudice qu'il a ainsi causé [1]. L'incapable échappe donc à la *condictio indebiti*, pour encourir, selon les cas, soit l'action *de in rem verso*, soit une action *ex delicto* ou *quasi ex delicto*.

Nous ne dirons plus ici comme pour la gestion d'affaires, que l'incapable, par cela seul qu'il reçoit l'indû, commet un quasi-délit et qu'il est obligé à ce titre envers le *solvens*. Ce dernier est en faute, ce qui le rend irrecevable à exciper de l'art. 1382, lorsque, se croyant tenu, il paie à une personne qui n'avait pas qualité pour recevoir; car, eût-il été réellement débiteur, le paiement ne serait valable que dans la limite de l'enrichissement qu'il aurait procuré (art. 1241).

Est-ce à dire que la capacité de recevoir un paiement entraîne nécessairement comme corollaire celle de s'obliger en recevant l'indû? Une pareille conclusion ne répondrait pas à une analyse exacte. Les jurisconsultes ont toujours été frappés des ressemblances que présentait le paiement indû avec le prêt, le *mutuum*. De même que l'emprunteur d'une somme d'argent ou de choses fongibles s'oblige à rendre pareille somme ou pareille quantité, celui qui reçoit un paiement qui ne lui était pas dû s'oblige à le restituer. En un mot, il est tenu d'en rendre le montant comme si on le lui avait remis à titre de prêt « *quasi ex mutuo, quasi ex mutui datione* [2]... » De là le nom de *promutuum* employé par Pothier.

Cette observation va nous permettre de résoudre une question qui a soulevé quelque difficulté. La femme séparée de biens reprend, aux termes de l'art. 1449, la « libre administration » de son patrimoine, elle peut donc, sans l'autorisation de son mari, toucher les sommes dont elle est créancière. Supposons

[1] Aubry et Rau, t. IV, § 442, p. 730, note 8; Demolombe, t. XXXI, n° 239; Laurent, t. XX, n° 355.

[2] L. 5, § 3, *De obl. et act.* D. — Cf. Gaius, III, § 91 Instit., III, 27. § 6.

Digitized by Google

que cette femme accepte un paiement indû, va-t-elle se trouver tenue de rembourser la somme reçue ou seulement ce qui serait prouvé avoir tourné à son profit? Il faudrait certainement adopter le premier parti, s'il n'y avait dans le quasi-contrat autre chose qu'un paiement. La femme, capable de recevoir le paiement lorsque la dette existe, devrait être aussi capable de s'obliger à rendre ce qu'elle a touché si la dette n'existait pas, en vertu de cette règle que la capacité de faire un acte entraîne avec elle la capacité de se soumettre à toutes les conséquences de cet acte.

Mais, pour qui ne se laisse pas tromper par l'apparence, l'opération offre une grande analogie avec un prêt; en réalité, l'*accipiens* s'engage à restituer, de même qu'un emprunteur. Alors, on retombe sous l'empire du principe qui interdit à la femme séparée de biens de s'obliger pour une cause étrangère à son administration. Concluons donc que la femme, dans le cas de paiement à elle fait d'une valeur indue, n'est tenue, conformément au droit commun (art. 1241, 1312), que de rendre compte du profit qu'elle a réalisé.

Reste l'objection que toute personne capable de recevoir un paiement doit avoir la capacité de se soumettre aux conséquences qui en résultent. Cela est vrai des suites directes et non des suites accidentelles du paiement. L'effet normal de la réception d'un paiement est de libérer le débiteur et nullement d'imposer à celui qui le reçoit l'obligation de restituer.

III.

Le Code, déjà si sobre de renseignements sur toute cette matière, ne parle que de la gestion d'affaires et du paiement de l'indû. Ici encore éclate l'insuffisance de ses dispositions : ces deux quasi-contrats sont-ils les seuls, ou faut-il en reconnaître d'autres?

C'est là une question théorique dont l'examen sortirait du cadre de cette étude. Bornons-nous à citer les faits auxquels on reconnaît généralement le caractère de quasi-contrat, pour les examiner à notre point de vue.

Digitized by Google

On présente comme tels :

L'acceptation d'une tutelle alors que le tuteur pouvait la refuser. — Le fait d'un propriétaire qui garde pour lui les constructions élevées par un tiers possesseur de mauvaise foi et doit en payer le prix (art. 555). — L'acceptation d'une succession. — Le cas d'un tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué admis à répéter ses impenses et améliorations (art. 2175). — L'administration par un co-propriétaire d'une chose commune sans qu'il y ait mandat. — Nous ajouterons l'action paulienne dirigée contre un donataire de bonne foi.

Reprenons successivement chacune de ces hypothèses.

Pour résoudre la difficulté il faudra, comme nous l'avons fait jusqu'ici, rechercher avant tout, si l'obligation résulte d'un acte volontaire ou de la loi; dans ce dernier cas il ne saurait être question de capacité.

L'acceptation d'une tutelle offre une première application de cette idée. Soit qu'elle impose la tutelle, soit qu'elle permette de la refuser, la loi habilite par là même à l'exercer sauf que les pouvoirs des père et mère mineurs appelés à la tutelle de leur enfant seront moins étendus que s'ils étaient majeurs.

L'art. 555 C. civ., relatif aux constructions ou plantations faites sur le terrain d'autrui, crée lui aussi une obligation tantôt légale, tantôt quasi-contractuelle. Légale, quand le tiers qui a construit ou planté est de bonne foi, car la loi enjoint au propriétaire de conserver les ouvrages, à charge de payer la plus-value qu'ils ont procurée à son fonds. Quasi-contractuelle, si on suppose le tiers de mauvaise foi : en effet, le maître pouvant exiger l'enlèvement des constructions, le fait de les conserver constitue un acte volontaire et licite qui le soumet au remboursement de la valeur des matériaux et du prix de la main d'œuvre et qui, par suite, requiert la capacité.

En ce qui concerne l'acceptation d'une succession, l'art. 776 exige la capacité de s'obliger. Sans doute, les diverses obligations que crée l'acceptation pure et simple d'une succession ne dérivent pas toutes d'un quasi-contrat. Ainsi, l'héritier est tenu des dettes héréditaires, non en vertu d'une obligation nouvelle de sa part, mais bien comme continuateur juridique de la personne du dé-

Digitized by Google

funt dont il prend la place et par suite en vertu de la cause même qui leur a donné naissance [1].

Il en est différemment des legs et autres charges de la succession qui n'ont jamais grevé le défunt; le principe de l'obligation se trouve alors dans un quasi-contrat produit par le fait de l'acceptation [2]. Ce quasi-contrat ne se forme, quand il intéresse des incapables, qu'autant que les conditions prescrites par la loi ont été remplies.

A côté de ces obligations, l'acceptation établit nécessairement entre les cohéritiers une communauté de fait. Or, l'administration sans mandat de cette communauté par l'un des copropriétaires présente tous les caractères d'un quasi-contrat [3]. Si donc, durant l'indivision, l'héritier incapable entreprend des actes de gestion, nous appliquerons la théorie précédemment exposée sur les suites de l'immixtion d'un incapable dans les affaires d'autrui.

Ces observations conviennent à l'administration d'une chose commune, lorsque l'indivision a pour cause un fait volontaire.

On devrait voir, au contraire, dans l'art. 2175 qui accorde au tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué la répétition de la plus-value produite par ses impenses ou améliorations, une obligation directement imposée par la loi, fondée sur l'équité et indépendante, par conséquent, de la capacité de celui à qui elle incombe.

Comme dernière hypothèse de quasi-contrat, nous avons cité l'action paulienne dirigée contre un donataire. Ceci toutefois demande quelque explication.

L'acquéreur à titre gratuit est toujours soumis à l'action des créanciers du disposant. Cependant, au point de vue qui nous occupe, il importe de séparer avec soin deux situations.

Le donataire est-il *conscius fraudis*? Il se trouve tenu envers les créanciers *ex delicto* (art. 1382), c'est-à-dire qu'il doit la réparation de tout le préjudice causé. Cette solution s'étend sans difficulté aux incapables, quand ils figurent dans l'acte de dona-

[1] Accarias, t. II, n° 655, p. 589, note 1.

[2] Cf. Instit., III, 27, § 5.

[3] Cf. Pothier, 1er app. au Contrat de société, nos 181 et suiv. — Domat, *Lois civ.*, liv. II, t. II, sect. 12, introd. et nos 1 et 8.

Digitized by Google

tion, tels sont le mineur émancipé assisté de son curateur, la femme mariée pourvue de l'autorisation maritale ou de justice. Mais, pour le mineur non émancipé, comme il est resté étranger à l'acceptation, sauf pour les donations à lui conférées par contrat de mariage, sa complicité frauduleuse ne se comprend pas, et il ne saurait non plus souffrir de celle de son représentant, car le délit suppose essentiellement un acte personnel. D'où la conséquence que le mineur ne sera jamais tenu en vertu d'un délit par l'acceptation qui a eu lieu en son nom; il ne restituera que le profit qu'il aura réalisé.

Si le donataire qui doit intervenir dans l'acceptation est de bonne foi, il y a un véritable quasi-contrat dérivant d'un fait volontaire de sa part et fondé sur le principe que nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui. L'action des créanciers étant limitée à la mesure de cet enrichissement, l'incapacité du donataire n'est point à considérer. LOUIS GUÉNÉE.

BIBLIOGRAPHIE.

DE LA DESTINATION DU PÈRE DE FAMILLE,

Par M. Jacques LATREILLE, Conseiller à la Cour d'appel de Toulouse, Membre de l'Académie de législation [1].

Compte-rendu par M. P. Louis-Lucas, Professeur agrégé à la Faculté de Droit de Dijon.

La destination du père de famille, la combinaison des art. 692 et 694 du Code civil, tel est l'objet de l'étude approfondie que M. le conseiller Latreille a récemment livrée à la publicité. Essayer, après tant d'autres, de concilier ces deux textes célèbres, et de donner à cette difficile matière sa véritable théorie, tel est le but qu'il poursuit dans cette œuvre juridique, à la fois complète et distinguée, qui se recommande à l'attention du jurisconsulte. Si les solutions du problème ne sont pas absolument neuves, on ne peut cependant pas dire que la discussion tant de fois agitée a été renouvelée. Il s'en faut même de beaucoup. L'auteur

[1] Paris, 1885, 1 vol. in-8.

Digitized by Google

a eu recours à des procédés d'investigation qui lui sont propres, à l'emploi d'une méthode différente de celle de ses devanciers, à des moyens personnels et que l'on peut, sans exagération, qualifier de vraiment scientifiques. On en jugera, lorsque nous aurons dit qu'au lieu de chercher, d'une manière un peu trop exclusive, comme on l'a fait jusqu'ici, la solution de la difficulté soit dans le texte, soit dans les travaux préparatoires, le savant magistrat ne néglige pas le passé et qu'il se préoccupe avec un soin scrupuleux des périodes antérieures de notre droit national. Il n'a fait, en cela, que se conformer à l'esprit même du rapport présenté par Albisson au Tribunat, rapport dans lequel il est expressément déclaré que la nouvelle législation se borne à fixer, sur deux points, les variations de l'ancienne jurisprudence, et à combler, par l'art. 694, une lacune regrettable. Aussi bien, pour ressaisir la pensée du législateur, M. Latreille a-t-il pris à tâche d'interroger nos anciennes coutumes, d'en préciser le sens sur les deux points signalés et d'étudier dans tous ses détails la lacune comblée par l'art. 694.

Divisé en deux parties distinctes, réparties elles-mêmes en dix chapitres, son livre retrace, dans la première, l'origine et l'histoire de la destination du père de famille; dans la seconde, il expose la théorie et la pratique actuelles de cette institution.

L'auteur commence par remonter au droit romain, dont il fouille les textes pour y découvrir la base et le fondement de la destination du père de famille. Après s'être livré à un examen consciencieux et attentif de ces textes, après avoir nettement précisé les éléments peu nombreux qu'ils nous fournissent sur la question, il constate que, si le nom de destination appliqué à notre théorie est sorti par une déviation, dont il suit la trace, d'un fragment du Digeste, la chose ne s'y trouve qu'à l'état de théorie tout à fait embryonnaire : en réalité, elle n'y existe qu'en germe, les Romains n'ayant jamais connu la destination du père de famille comme mode d'établissement des servitudes.

Il fait ensuite appel aux interprètes qui ont mis en œuvre ce germe, aux glossateurs et aux disciples de Bartole qui l'ont fécondé. Il rend pleine justice à ce vigoureux penseur qui a construit tant de systèmes, qui, dans son langage scolastique et lumi-

Digitized by Google

neux, a tiré des lois romaines tant de principes devenus les axiômes courants de la science moderne; à ce Bartole, qui alla jusqu'à formuler la théorie actuelle, en restreignant toutefois sa portée aux servitudes continues, et dont Paul de Castro, Duaren, Barthélemy de Cœpolla approuvèrent et reproduisirent la doctrine.

Après le droit romain, l'auteur passe à l'étude de nos anciennes coutumes, qui sont la véritable source de la destination du père de famille [1]. Avec leur rédaction, on voit apparaître l'adage : *Destination du père de famille vaut titre.* La plupart d'entre elles et, à leur tête, celles de Paris et d'Orléans, consacrent cette maxime, et empruntent à Bartole ses idées sur la continuité : quant à l'apparence, elle est supposée plutôt qu'exprimée. Toutefois, en présence de nécessités nouvelles, les décisions des Parlements, avec Lamoignon et Pothier, tendent à attribuer les effets de la destination aux servitudes apparentes, quoique non continues. Reste à se demander maintenant s'il résulte de ces faits qu'il y ait eu dès lors deux destinations : l'une applicable aux servitudes continues et apparentes, l'autre aux servitudes simplement apparentes ? M. Latreille le pense et l'affirme à plusieurs reprises. Nous devons cependant avouer que les arrêtés de Lamoignon et les commentaires de Pothier qu'il reproduit, nous paraissent loin d'être décisifs en ce sens. La pensée de ces deux illustres jurisconsultes est trop flottante; trop indécises, trop incertaines et trop vagues sont leurs expressions sur ce point, pour qu'il soit possible de juger le débat en toute assurance de cause; mais il nous semble que leur intention a plutôt été d'élargir simplement l'application du principe ancien et de l'étendre aux servitudes apparentes, continues ou non, sans vouloir, pour cela, créer une nouvelle destination. Au demeurant, prises et envisagées dans leur ensemble, les distinctions de l'ancien droit sont variables et confuses; elles sont, de plus, fort peu explicites.

[1] En parlant au n° 43 (p. 60) du *Grand Coutumier de France*, M. Latreille commet une erreur que nous lui demandons la permission de lui signaler. Il nous présente ce recueil comme l'œuvre d'un inconnu, alors que les savantes recherches de M. Léopold Delisle ont démontré qu'il a été écrit par Jacques d'Ableiges. (Voir le mémoire de M. L. Delisle sur cet auteur dans les *Mémoires de la Société de l'histoire de Paris*, 1881; joindre M. Molinier, dans le *Bulletin de la Société de l'histoire de Paris*, 9e année, mai-juin 1882.)

Digitized by Google

Ce sont ces doutes que les rédacteurs du Code civil ont essayé de dissiper; pour y parvenir, ils ont édicté les art. 692 à 694, dont la conciliation, souvent et si vainement tentée, suffit à prouver qu'ils sont loin d'être arrivés à leurs fins. A ce sujet, M. Latreille expose les travaux préparatoires, dans lesquels il prétend retrouver les deux destinations dont il a déjà constaté l'existence dans l'ancien droit: la destination du père de famille, d'une part, et la destination de l'ancien propriétaire, de l'autre.

L'obscurité dans l'esprit du législateur et dans le texte de la loi a puissamment contribué à rendre les commentaires contradictoires. Sept systèmes de conciliation entre les art. 692 et 694 sont successivement détaillés et réfutés. C'est dire que celui de M. Demolombe et de la Cour de cassation n'est pas plus épargné que les autres. Aux yeux de l'auteur, en effet, tous ont le tort irréparable de confondre deux destinations en une seule.

De l'étude très complète et très savamment conduite de l'histoire et des origines, M. Latreille déduit la théorie et la pratique actuelles des deux destinations. D'après lui, les art. 692 et 693 prévoient le cas où les deux fonds, actuellement divisés par l'effet soit d'un partage, soit d'une vente, soit d'une donation, etc,, ne formaient précédemment qu'un seul tout homogène, entre les mains d'un propriétaire unique. En pareille occurrence, dit-il, il faut de toute nécessité que la servitude, pour être conservée, soit tout à la fois continue et apparente; et la raison en est fort simple: c'est qu'ici, l'impossibilité de distinguer dans cet immeuble, avant la division, un fonds dominant et un fonds servant, ne permet pas d'apercevoir aussi aisément entre les deux portions indéterminées de l'immeuble, la relation qui est de nature à se transformer en servitude au moment de la séparation. — Tout autre serait l'hypothèse prévue et réglée par l'art. 694. Ce texte supposerait que les deux héritages sont déjà distincts et séparés entre les mains du même propriétaire qui les possède l'un et l'autre. Ici, à l'inverse de ce qui avait lieu tout à l'heure, il est plus facile de percevoir, entre ces deux immeubles, les relations qui sont de nature à se transformer en servitudes; et voilà précisément pourquoi la seule apparence de ces relations est suffisante, à défaut de continuité, pour faire présumer la servitude après

Digitized by Google

l'aliénation. Du reste, s'empresse d'ajouter M. Latreille, la distinction ou séparation de deux héritages appartenant au même propriétaire résulte ou bien de l'existence de limites précises, ou bien de la différence soit de leur nature, soit de leur exploitation, etc., l'intention des parties devant toujours demeurer prépondérante.

Cette nouvelle interprétation des art. 692 et 694 est certainement des plus ingénieuses et des plus rationnelles. Doit-on, à présent, admettre avec l'auteur que le Code civil a, en réalité, consacré deux sortes de destinations : 1° La destination du père de famille, applicable à la division d'un fonds unique et aux servitudes continues et apparentes (art. 692 et 693); 2° La destination de l'ancien propriétaire, concernant deux immeubles distincts avant leur séparation, et les servitudes simplement apparentes (article 694)? Quelle que soit, à cet égard, l'opinion que l'on adopte, il est incontestable que l'excellent travail de M. Latreille donne une grande valeur aux idées qu'il soutient. Quant à nous, nous n'hésitons pas à déclarer que sa thèse nous paraît des plus attrayantes. Ce qui nous séduit en elle, c'est qu'elle parvient à concilier les textes et à les expliquer sans les sacrifier les uns aux autres. Qu'on veuille bien remarquer, en effet, que, s'il est un fait certain, c'est que les rédacteurs du Code civil ont placé l'article 694 au nombre des modes d'établissement des servitudes : il en résulte avec une entière évidence, à notre sens, que cette disposition se trouve ainsi avoir une portée distincte de celle de l'art. 693; or, il nous paraît indubitable que la différence entre ces deux articles ne résulte pas, comme l'estiment M. Demolombe et la Cour suprême, de la représentation d'un titre muet, puisque cette condition est commune aux deux textes, ainsi que l'auteur l'établit très bien quelques pages plus loin. Nous sommes donc, en principe, et sous réserve d'un plus mûr examen, pleinement porté à adopter sa théorie. Toutefois, nous nous séparons de lui, dès aujourd'hui, en un point : au lieu de faire prendre à cette interprétation sa source dans l'ancien droit, nous serions plus tenté de l'attribuer à une appréciation inexacte et erronée de notre ancienne jurisprudence par les rédacteurs du Code civil.

Sa thèse posée et justifiée, M. Latreille se demande dans

Digitized by Google

quelles circonstances on doit recourir à l'une ou à l'autre des deux destinations consacrées par nos lois et il fait ressortir que l'art. 694 est d'une application plus fréquente que l'art. 692. Puis il détermine quelles sont les conditions d'emploi relatives à chacune d'elles; celles qui leur sont communes, d'abord; celles qui sont spéciales à l'une et à l'autre, ensuite; et il indique les ressemblances et les différences que la loi établit entre elles. En terminant son ouvrage, il fait une comparaison des plus intéressantes entre les différentes législations étrangères et, après les avoir passées au crible d'une analyse rigoureuse, il montre que la législation française sur les anciennes destinations est encore la plus complète et la mieux réglée.

Telle est l'œuvre de l'honorable Conseiller de la Cour de Toulouse. Mettra-t-elle enfin, ce qui serait fort à souhaiter, un terme aux hésitations de la doctrine et aux incertitudes de la jurisprudence? Nous ne pouvons que l'espérer. Mais, ce dont nous sommes dès à présent convaincu, c'est que l'excellente monographie du savant magistrat, dont un livre de début déjà ancien avait révélé les brillantes et solides qualités [1], contribuera, dans une large mesure, à projeter une vive lumière sur un des points les plus usuels et les plus obscurs de notre droit français. A ce titre, elle mérite d'être prise en sérieuse considération et en haute estime.

P. LOUIS-LUCAS.

TRAITÉ DE MÉDECINE LÉGALE, DE JURISPRUDENCE MÉDICALE ET DE TOXICOLOGIE.

Par MM. Legrand du Saulle, médecin de l'hospice de la Salpêtrière, etc.,
Georges Berryer, avocat à la Cour d'appel de Paris.
Gabriel Pouchet, professeur agrégé à la Faculté de médecine de Paris, etc.
Compte-rendu par M. Antoine Faure, avocat à la Cour d'appel de Paris, docteur en droit.

Il ne serait pas juste d'assigner à la science médico-légale des origines contemporaines et de refuser aux siècles passés l'hon-

[1] Ce livre, malheureusement inachevé, porte pour titre : *Histoire des institutions judiciaires des Romains. Juridictions. — Actions. — Procédure.* Paris, A. Marescq ainé, 1870, in-8° de 321 pages. Le tome Ier seul a paru ; il est relatif au droit romain primitif et aux actions de la loi.

Digitized by Google

neur d'avoir produit de nombreux médecins légistes. Dès le XVIe siècle, les grands problèmes et les graves questions de la médecine judiciaire sont posés et discutés; les traités généraux ou spéciaux abondent et, dans le cours du XVIIe siècle, on voit apparaître en Allemagne une série de recueils de questions résolues d'après la doctrine médico-légale, ou de recueils de décisions émanées sur ces sortes de questions soit de quelque haute juridiction, soit des universités ou des corps savants. C'est aussi en Allemagne et vers la même époque que l'enseignement volontaire et individuel de la médecine judiciaire a eu ses débuts; au milieu du XVIIIe siècle, les universités allemandes avaient toutes ou presque toutes leur chaire de médecine légale. En France, Belloc, Chaussier, Verdier, ont donné quelques cours libres de médecine légale.

Mais, il faut le reconnaître, ce n'est qu'au commencement de ce siècle que cette science a pu se débarrasser des préjugés et des erreurs qui entravaient sa marche. Grâce aux progrès des sciences physiques et naturelles, sous l'empire des réformes apportées à l'instruction criminelle, elle a pris un rapide essor. Aujourd'hui elle offre un vaste champ aux spéculations des physiologues et d'utiles secours à la pratique judiciaire, soit en aidant le magistrat instructeur dans la découverte des crimes, soit en fournissant à l'avocat de précieux éléments de défense.

Parmi les hommes qui ont le plus contribué de nos jours, tant par l'enseignement oral ou écrit que dans les expertises judiciaires, à développer les progrès de la médecine légale, il faut citer en première ligne le regretté docteur Legrand du Saulle. Pendant trente ans, soit comme médecin du Dépôt, de Bicêtre et de la Salpêtrière, soit comme expert près les tribunaux, il a rendu à la société et à la justice les services les plus considérables. Mais le zèle et le dévouement qu'il a apportés à l'accomplissement de ses fonctions diverses n'ont pas suffi à absorber l'activité de ce travailleur infatigable. La science ne lui doit pas moins que la pratique; aucune des questions qui préoccupent à la fois le médecin et le jurisconsulte n'a échappé à son examen, et tous ceux qui, comme nous, ont eu l'honneur de l'aider dans ses recherches ont pu constater que l'étendue de ses connais-

Digitized by Google

sances juridiques égalait la profondeur de son savoir médical. Les nombreuses monographies qu'il a publiées et dont plusieurs constituent de véritables traités, en sont du reste le témoignage irrécusable; mais, de toutes ses œuvres, la plus importante est incontestablement le *Traité de médecine légale et de jurisprudence médicale* dont il venait de publier une seconde édition lorsque la mort l'a si inopinément frappé.

Comme le docteur Legrand du Saulle l'a dit lui-même dans sa préface, un plan d'une logique implacable a présidé à la création de son œuvre. Il a pris l'homme à son berceau, il l'a étudié pas à pas, âge par âge, dans toutes les étapes de la vie, et il l'a suivi jusqu'à sa mort, jusqu'aux recherches cadavériques, jusqu'à l'analyse posthume du terrain en contact avec ses derniers restes presque disparus. L'auteur a été amené de la sorte à étudier successivement les grandes questions suivantes : naissance, enfance, puberté, service militaire; mariage, séparation de corps, divorce; grossesse, avortement, accouchement, infanticide; attentats aux mœurs; coups, plaies, blessures, homicide, suicide, différents genres de suicide, folie suicide; questions médico-légales relatives aux aliénés en général; névroses spéciales et maladies mentales; maladies simulées, dissimulées ou communiquées; identité; vieillesse, agonie, mort, empoisonnements; jurisprudence médicale; exercice professionnel; déontologie médicale. L'ouvrage se termine par un véritable traité de toxicologie dû à la collaboration de M. le Dr G. Pouchet, professeur agrégé à la Faculté de médecine de Paris.

Cette énumération si sommaire des plus importants chapitres ne laisse même pas soupçonner la dissémination dans le texte de cent soixante-treize observations médico-légales pratiques, renfermant la démonstration de faits scientifiques pleins de valeur ou la vulgarisation de décisions judiciaires capables de fixer la jurisprudence, non plus que l'insertion, selon les besoins de la cause, de trente-sept modèles de rapports d'un intérêt puissant.

Dans cette nouvelle édition, le Dr Legrand du Saulle a fait une large place à l'exposé de la jurisprudence sur les diverses matières médico-légales. Il a été principalement aidé, dans cette

Digitized by Google

partie de son œuvre, par M. Georges Berryer, un des avocats les plns distingués du jeune barreau parisien.

Tout est à louer dans le *Traité de médecine légale:* le fond comme la forme, l'élégance du style, la clarté de l'exposition aussi bien que la profondeur de la science et la sûreté de la doctrine; mais, ce qu'il faut surtout admirer, c'est la variété et l'étendue des observations condensées dans ce livre, l'énormité du labeur dont il fait preuve, la grandeur de l'effort tenté « pour sceller définitivement et de la manière la plus durable les trois termes de cette admirable devise de la médecine légale française : science, vérité, justice. »

Les services rendus par Legrand du Saulle à ses concitoyens sauveront certainement sa mémoire de l'oubli, mais parmi les titres qu'il s'est acquis à la reconnaissance du monde savant, le *Traité de médecine légale,* restera comme le témoignage impérissable de la prodigieuse activité apportée par lui au service d'une idée qui a dominé toute sa vie scientifique; « familiariser le médecin avec les formules du droit et fournir au magistrat, comme à l'avocat, d'utiles données pour l'élucidation des problèmes de la médecine légale. » ANTOINE FAURE.

L'Editeur-Gérant : F. PICHON.

Paris. — Imp. F. PICHON, 30, rue de l'Arbalète, & 24, rue Soufflot.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

JURISPRUDENCE CIVILE

SUCCESSIONS. — DONATIONS. — TESTAMENTS.

(Décisions recueillies pendant l'année 1886),

Par M. Ch. Massigli, agrégé près la Faculté de droit de Paris.

I.

RAPPORT A SUCCESSION. — REPRÉSENTATION. — RENONCIATION PARTIELLE. — Cour de Pau, 9 février 1885 [1].

Les successibles appelés par voie de représentation sont successibles en leur nom et pour leur propre compte. Leur droit se mesure sur celui qu'aurait eu le parent prédécédé qu'ils représentent; ce n'en est pas moins un droit propre et personnel qu'ils tiennent directement de la loi. On en conclut que, si la succession s'ouvre au profit de plusieurs personnes, chacune d'elles a individuellement le droit d'accepter ou de répudier la succession, et choisit librement le parti qu'elle juge le meilleur. La loi n'y met aucun obstacle : elle impose, par une disposition d'ailleurs critiquable, un seul et même parti en cas de transmission du droit d'option à plusieurs héritiers du successible au profit duquel il s'était d'abord ouvert (art. 782, C. civ.), mais elle s'abstient de rien décider de pareil pour le cas de représentation.

Cette solution, acceptée par tout le monde, fait naître un important problème, lorsqu'on la rapproche de la règle qui oblige les représentants au rapport des dons faits par le *de cujus* au représenté (art. 848, C. civ.).

Un aïeul meurt laissant pour lui succéder un fils et deux petits-enfants appelés par représentation d'un fils prédécédé. L'un des petits-enfants renonce à la succession; le second accepte concurremment avec son oncle. Le fils prédécédé avait reçu du défunt une libéralité par avancement d'hoirie. On demande si elle doit être rapportée intégralement et, en cas d'affirmative, sur qui pèse la charge du rapport.

[1] Dalloz, 1886, 2, 241.

Digitized by Google

L'arrêt de la Cour de Pau décide que le rapport est dû intégralement et qu'il est dû par le petit-fils acceptant. Cette solution avait été proposée par M. Labbé dans une dissertation critique sur un arrêt de la Cour de cassation en date du 15 juin 1870 [1], le seul précédent judiciaire que les recueils présentent sur la question; mais la décision de la Cour de cassation n'était conforme que sur un point, la nécessité du rapport intégral.

Ce point, en effet, doit être concédé d'abord, à peine de méconnaître un principe essentiel dans notre matière. Pourquoi la représentation a-t-elle été admise et organisée par le législateur? Pour empêcher que le prédécès de certains successibles ne modifiât la transmission héréditaire dans la famille, pour conserver l'égalité entre les branches. De l'avis de tout le monde, cela implique que l'accroissement, s'il y a renonciation d'un héritier, d'une branche, se produit exclusivement au profit des autres héritiers de la branche, et que, fût-elle soutenue par un seul héritier, celle-ci recueillera toujours la part qu'aurait recueillie le représenté. Mais l'égalité veut autre chose en retour. Elle veut, et c'est ce qui explique l'obligation générale de rapport imposée aux représentants par l'art. 848, C. civ., que le prédécès du successible ne nuise pas à ceux qui auraient été ses cohéritiers; comment dès lors admettre que, prenant la totalité de la part qu'il aurait eue dans la succession, sa branche puisse n'y remettre qu'une portion des biens qu'il aurait été tenu de rapporter ?

M. Laurent semble incliner pourtant vers une doctrine contraire. Après avoir déclaré que l'opinion de M. Labbé lui laisse « un scrupule, » il ajoute : « L'obligation du rapport n'est pas une dette. Les dettes doivent être supportées pour le tout par l'héritier acceptant auquel accroissent les parts des renonçants. Quant au rapport, c'est une obligation entre héritiers; elle suppose que les héritiers viennent à la succession; ceux qui n'y viennent pas n'en sont pas tenus. Donc les renonçants ne sont tenus à aucune obligation de rapport; dès lors nous ne voyons pas comment les acceptants devraient, du chef des renonçants, un rapport

[1] S. 1870, 1, 329.

Digitized by Google

auquel ceux-ci ne sont pas tenus [1]. » Ou nous nous trompons, ou cela revient à dire que le rapport ne devrait avoir lieu que pour une part proportionnelle à la portion héréditaire à laquelle avaient droit les acceptants avant la renonciation de leurs cohéritiers.

Mais il y a une méprise dans la dernière phrase du passage qui vient d'être cité, et elle vicie tout le raisonnement. Si, dans notre espèce, nous en arrivons à imposer le rapport intégral au petit-fils acceptant, ce ne sera, pour aucune part, du chef de son frère, du chef du renonçant. Il le devra intégralement du chef de son père, comme occupant la place de celui-ci, et parce que ses droits dans la succession se mesurant sur ceux que son père y aurait eus, il doit être tenu des obligations corrélatives à ces mêmes droits.

Telle est, en effet, l'idée sur laquelle repose le système admis par la Cour de Pau. Mais l'arrêt de 1870 obligeait le renonçant à concourir au rapport. Comment s'expliquer la divergence qui se manifeste ici? N'est-ce pas un principe que le successible qui renonce se rend par cela même étranger à la succession, qu'il échappe aux obligations qu'il aurait assumées comme héritier? Ne s'ensuit-il pas, dans notre cas, qu'il est censé n'avoir jamais fait partie de la branche, et que l'acceptant la représente seul dans tous ses droits et toutes ses obligations?

La Cour de cassation avait répondu : « L'obligation du rapport imposée aux représentants est indivisible à leur égard comme elle l'aurait été à l'égard du représenté. De même que celui-ci n'aurait pu, par une renonciation partielle à sa qualité d'héritier, s'affranchir pour partie de l'obligation de rapporter à ses cohéritiers les libéralités reçues de l'auteur commun, de même ceux qui le représentent ne peuvent pas, les uns en acceptant, les autres en répudiant, diviser les effets de cette obligation. »

La réfutation est facile. Sans insister sur une critique de forme, sur l'emploi du mot « indivisibilité » qui figure ici à tort, il est à remarquer que la Cour ne dit pas du droit d'hérédité ce qu'elle dit de l'obligation du rapport. Le donataire ne pouvait pas plus diviser son option qu'il ne pouvait s'affranchir pour partie de

[1] *Principes*, t. X, n° 562 *bis*, *in fine*.

Digitized by Google

l'obligation de rapporter les dons reçus; c'est même parce qu'il ne pouvait pas renoncer partiellement qu'il ne pouvait pas diminuer l'étendue de son obligation. Or la Cour ne conteste pas la division quant au droit d'hérédité entre les représentants; elle les admet à accepter ou à répudier individuellement, chacun pour sa part héréditaire; pourquoi ne pas admettre que cette division peut influer sur l'obligation du rapport?

Dans une question de cette nature, dont les textes ne donnent pas la solution formelle, les considérations d'équité interviennent avec une certaine force. Mais M. Labbé a demontré d'une manière aussi complète qu'irréfutable que, s'il y a des conséquences injustes a redouter, c'est du côté du système qui obligegerait au rapport tous les héritiers de la branche indistinctement. Le système contraire peut avoir des inconvénients pour l'héritier qui accepte, mais ici, du moins, il n'y a pas injustice. Si le profit retiré de l'acceptation ne compense pas la charge et si l'héritier subit un préjudice, c'est qu'il l'aura voulu ou qu'il aura manqué de prudence : l'acceptation est un parti qu'il ne faut prendre qu'après avoir bien fait ses comptes.

II.

RAPPORT A SUCCESSION. — DONATION INDIRECTE. — USUFRUIT. — Cour de Limoges, 19 février 1884 [1].

Un père est institué légataire de l'usufruit d'une quotité de biens dont l'un de ses enfants reçoit la nue-propriété. Il renonce à son legs d'usufruit. Le fils recueille le profit de cette renonciation; plusieurs années après, il arrive, en concours avec une sœur, à la succession parternelle. La renonciation dont il a bénéficier donne lieu à des contestations dans la liquidation de la succession; une question de rapport est soulevée; la justice est saisie.

Une première question s'agite dans le débat. La renonciation intervenue constitue-t-elle une libéralité? — Cela se peut. Le renonçant s'est dépouillé gratuitement du droit qu'il avait acquis par l'effet du testament (art. 711 et 1014, C. civ.); il ne l'a pas

[1] S. 1886, 2, 155.

Digitized by Google

transmis, il est vrai, mais il a créé une situation qui a permis à son descendant de bénéficier immédiatement d'un avantage dont l'ordre naturel des choses aurait ajourné la réalisation à une époque encore lointaine; s'il est possible d'établir que cela a été fait avec l'intention de gratifier le descendant, tous les éléments d'une libéralité indirecte se trouveront réunis. Sur ce premier point, la jurisprudence est à peu près constante; notre arrêt vient s'ajouter à une longue liste de décisions conformes.

L'examen des faits a conduit les juges à la constatation de l'intention libérale chez le renonçant; l'existence d'une libéralité est reconnue. Y a-t-il lieu à un rapport? — Sans doute, l'art. 843 C. civ., porte que tout héritier doit rapporter à ses cohéritiers ce qu'il a reçu du défunt par donation entre-vifs, directement ou indirectement; mais la libéralité a consisté dans une renonciation à un droit d'usufruit, la règle générale ne subit-elle pas ici une exception?

Rapport est dû, nous dit la Cour. — Nous reviendrons sur ce point dans un instant : achevons l'analyse de la décision. — Il faut trouver l'objet du rapport imposé au successible.

Ce n'est évidemment pas le droit d'usufruit lui-même. Un droit d'usufruit constitué par voie de donation peut être rapporté par le donataire à la succession du donateur. Mais il n'en saurait être de même d'un droit d'usufruit établi au profit du *de cujus* et qui a fait l'objet d'une renonciation gratuite. Droit viager, il n'aurait fait partie de la succession en aucun cas; si la renonciation ne l'avait déjà détruit, il aurait été éteint d'une façon irrévocable par l'événement même qui a ouvert l'action en rapport; l'obligation du successible doit porter sur autre chose.

Les considérants de notre arrêt indiquent que les juges de première instance avaient songé à la valeur de l'usufruit abandonné au successible. On conçoit, en effet, un raisonnement ainsi construit : L'usufruit appartenant au *de cujus* représentait dans son patrimoine un certain capital; il aurait pu en disposer à titre onéreux et se procurer une somme plus ou moins forte selon ses chances de vie; sous la forme d'une renonciation il a donné cette valeur à son héritier; c'est elle qui doit être rapportée. La jurisprudence offre des précédents dans ce sens

Digitized by Google

(Toulouse 17 juin 1867, Agen 12 mai 1868; S. 1868, 2, 105). Mais il y a quelque chose de singulier et d'un peu contradictoire à se livrer à une évaluation hypothétique et embarrassante en présence d'uue réalité absolument certaine. La Cour a rejeté cette solution.

A défaut de la valeur de l'usufruit, la valeur des fruits se présentait. Le donataire doit rapporter ce qu'il a reçu; ce qu'il a reçu, ce sont les fruits gagnés depuis le jour de la renonciation, car c'est en conséquence de cette renonciation qu'il les a perçus. On déduira les frais de perception et les charges de jouissance : le surplus devra être rapporté. — Dans cette théorie, pas de difficulté sérieuse d'évaluation : le revenu peut être aisément déterminé et le temps pendant lequel il a été touché est connu. — Mais elle encourt un autre reproche : elle est d'une rigueur excessive. Les fruits sont destinés à être consommés; où le revenu augmente, les dépenses deviennent presque fatalement plus considérables; le donataire ne mettra pas en réserve toute la valeur à rapporter un jour; la libéralité aura caché pour lui un piège.

Pour échapper à l'objection, on a proposé de ne faire restituer que les économie réalisées sur les produits de l'usufruit. — On peut répondre que ce n'est pas encourager l'épargne et que l'étendue d'une obligation de rapport ne doit pas dépendre des qualités, des goûts, des habitudes du donataire?

La solution devient, semble-t-il, plus satisfaisante, si l'on fixe le montant du rapport d'après les économies que le donateur lui-même aurait réalisées. On fait rentrer ainsi dans la succession un capital qui s'y serait trouvé si le *de cujus* avait conservé son droit d'usufruit. Mais peut-on exiger du donataire qu'il agisse rigoureusement comme le donateur aurait agi? Assurément non. Il faut donc se garder d'une appréciation d'un caractère trop relatif, il faut y apporter une certaine largeur de vues, se baser sur des moyennes plutôt que de s'attacher à des particularités individuelles. La Cour de Limoges a opté pour cette solution. C'était la plus sage qu'elle pût admettre, étant donné qu'elle voulait un rapport.

Seulement il est permis de se demander si, sur ce point capi-

Digitized by Google

tal du procès, la décision est bien conçue, si c'est bien interpréter la loi que d'imposer un rapport à raison d'une liberalité qui se ramène à une donation de fruits.

Le doute est suscité par l'article 856, C. civ. qui est ainsi conçu : « Les fruits et les intérêts des choses sujettes à rapport ne sont dûs qu'à compter du jour de l'ouverture de la succession. » Que conclure de cette disposition ? Très certainement ceci, que le successible donataire d'une chose productive de fruits, d'un fonds par exemple, n'aura à rapporter que le fonds lui-même. Les fruits lui ont été donnés aussi ! le *de cujus* en aurait capitalisé une partie ! le donataire l'a fait peut-être ! n'importe ; la loi ne veut pas de cette recherche délicate ; les fruits sont définitivement au donataire.

Plaçons en regard de cette solution celle de notre arrêt : une renonciation gratuite a procuré au successible une acquisition de fruits : ces fruits sont rapportables, non pas tous, il est vrai, quoiqu'ils aient tous été donnés, mais ceux que le *de cujus* aurait pu capitaliser.

Si nous prenions un troisième cas, celui d'une donation constitutive d'un usufruit sur la tête du successible, les mêmes juges déclareraient peut-être (on peut du moins le conjecturer à la manière dont notre arrêt s'exprime) que le successible serait quitte en rapportant le droit d'usufruit, et que les fruits lui resteraient.

Un avantage identique peut-il être, en dehors de la volonté formelle du disposant, tantôt rapportable et tantôt non ? La raison ne l'admet pas.

III.

SUCCESSION BÉNÉFICIAIRE. — BIENS DOTAUX. — VENTE. — DÉCHÉANCE DU BÉNÉFICE D'INVENTAIRE. — Cass., Chambre civile, 22 juillet 1884 [1].

L'héritier qui a accepté une succession sous bénéfice d'inventaire n'a pas la libre disposition des biens qui la composent. Il est propriétaire, mais il est en même temps liquidateur pour le compte des créanciers héréditaires dont ces biens forment le seul gage : la loi ne devait pas s'en rapporter complétement à sa dis-

[1] S. 1886, 1, 271.

Digitized by Google

crétion; elle devait prendre des précautions pour prévenir les abus possibles. De là notamment cette décision que l'héritier ne peut vendre les meubles ou les immeubles de la succession qu'avec publicité et suivant des formes indiquées dans les art. 986 et suivants du Code de procédure.

L'inobservation de ces formes emporte une conséquence très-grave pour l'héritier (art. 988 et 989, C. proc. civ.). Elle lui fait perdre les avantages attachés au bénéfice d'inventaire. Il devient héritier pur et simple vis-à-vis de ceux qui ont intérêt à le considérer comme tel. Cette règle s'appliquerait, d'après l'arrêt de la Chambre civile du 22 juillet 1884, même si les biens vendus se trouvaient libres d'engagement comme ayant été frappés de dotalité.

Précisions l'hypothèsé et la solution.

L'héritier bénéficiaire d'une femme dotale a vendu à l'amiable les biens de la succession. Ces biens étaient tous affectés de dotalité aux mains de la défunte. Un créancier dont les droits ont pris naissance pendant le mariage demande la condamnation de l'héritier comme héritier pur et simple. Il est débouté. La Cour de Poitiers déclare qu'il est sans qualité pour se plaindre de l'inobservation des formalités légales parce que l'inaliénabilité des biens dotaux s'oppose à toute poursuite contre ces biens de la part des créanciers qui ont traité avec la femme pendant le mariage. Cet arrêt est cassé par la Chambre civile : le créancier obtient gain de cause. (Cpr. un arrêt de la Chambre des requêtes en date du 26 juin 1826, S. *Coll. nouv.* VIII, 1, 375).

La Chambre civile appuie sa décision sur deux motifs : 1° L'omission des formalités est considérée par le législateur comme une manifestation de volonté dans le sens de l'acceptation pure et simple; 2° les dispositions qui établissent cette présomption sont absolues; elles ne contiennent ni restriction ni distinction d'aucune espèce.

Nous ne contestons pas la valeur de cette argumentation au point de vue de la théorie générale des art. 988 et 989 du Code de procédure; nous croyons même, quelque divergence d'opinion qu'il y ait à cet égard dans la doctrine et dans la jurisprudence, qu'il faudrait s'y tenir fermement dans un débat où, la condition

Digitized by Google

des biens vendus n'ayant rien de spécial au regard du créancier, le point à juger serait uniquement de savoir si les tribunaux ont en cette matière un pouvoir d'appréciation, si la déchéance doit dépendre des circonstances et notamment du préjudice causé au créancier par les actes de l'héritier.

Mais la question du procès est différente. Il s'agit de savoir si des biens affectés de dotalité doivent être considérés, quant au droit de disposition de l'héritier, comme soumis aux règles du bénéfice d'inventaire vis-à-vis d'un créancier dont ils ne sont pas le gage.

Les textes, dit-on, sont conçus en termes absolus; ils visent les biens quelconques dépendant de la succession. — On peut répondre qu'il y a des distinctions qui sont dans la nature des choses. Pourquoi la loi impose-t-elle des formalités à l'héritier bénéficiaire ? Nous avons déjà dit que c'est en vue de la conservation du gage des créanciers. Il suit de là que ces formalités n'ont pas de raison d'être au regard d'un créancier pour qui les biens sont comme s'ils n'existaient pas; on ne voit pas dès lors comment on l'admettrait à se prévaloir en son propre nom de leur inobservation; on ne voit pas davantage pourquoi les actes accomplis par l'héritier sur des biens dont il n'est pas comptable envers ce créancier auraient toujours et fatalement pour conséquence de modifier sa qualité.

Il y a une autre observation à faire. La dot est protégée contre les créanciers du mariage; c'est la ressource de la famille. Le système suivi par la Chambre civile n'empêche pas sans doute que cette destination s'accomplisse; mais quand et à quelle condition l'héritier profite-t-il de la dot en toute sécurité? Quand il l'a transformée en argent au prix de formalités coûteuses. Jusque-là des actes de propriété absolue l'engageraient. La dot ne sert pas à payer des créanciers, mais il s'en consomme, il s'en perd une partie en frais purement frustratoires !

Nous avons raisonné dans l'hypothèse d'une contestation entre l'héritier bénéficiaire et un créancier qui n'avait pas le droit de poursuivre les biens dotaux. Vis-à-vis d'un créancier dont ces biens seraient le gage, toutes les règles du bénéfice d'inventaire devraient s'appliquer. Notre système peut aboutir ainsi à une

Digitized by Google

situation complexe; l'héritier sera héritier pur et simple dans ses rapports avec ceux-ci, il restera héritier bénéficiaire dans ses rapports avec ceux-là, mais ce résultat n'a rien qui soit contraire aux principes. (Cpr. art. 800, C. civ.).

IV.

SÉPARATION DES PATRIMOINES. — INSCRIPTION. — RÉDUCTION. — Cour de Paris, 17 avril 1884 [1].

La séparation des patrimoines est entrée dans le système de publicité établie par le Code civil pour les privilèges et hypothèques : les créanciers héréditaires qui veulent s'en ménager tous les avantages, relativement aux immeubles du défunt, doivent avoir soin de prendre inscription dans les six mois de l'ouverture de la succession (art. 2111, C. civ.).

La prudence commande aux créanciers de s'inscrire sur tous les immeubles, car la découverte de nouvelles dettes peut venir accroître inopinément le passif à acquitter avec le prix des biens. Mais leur prévoyance n'ira pas toujours sans inconvénients pour l'héritier. S'il se trouve que le chiffre des créances à garantir soit peu considérable eu égard à la valeur des biens grevés, l'action de l'héritier sera gênée au-delà de toute mesure.

Le cantonnement des inscriptions est le correctif indiqué pour de telles situations; mais, pour l'imposer à des créanciers qui s'y refusent, il faut l'appui de la loi. Est-elle en faveur de l'héritier? L'article 2161, C. civ., qui établit, pour certains cas, une action en réduction des inscriptions prises sur plus de biens qu'il n'est nécessaire pour la sûreté de la créance, s'applique-t-il aux inscriptions prises à fin de séparation des patrimoines?

Les termes mêmes de la disposition ne sont pas pour causer grand embarras : ils sont assez larges pour se prêter au résultat voulu par l'héritier. Le point d'où dépend la solution est celui-ci : la condition du créancier qui a pris inscription sur les immeubles de la succession, en conformité de l'article 2111, peut-elle être assimilée à celle du créancier hypothécaire dont le droit s'étendrait sur tous les biens de son débiteur?

[1] S. 1886, 2, 197.

Digitized by Google

Posée dans cette forme, la question se rattache à cette autre question plus large : quelle est la nature du droit qui résulte de la séparation des patrimoines ? Est-ce un droit de préférence d'un caractère particulier ? Est-ce un privilège au sens absolu du mot ?

Raisonnons au point de vue de la première doctrine qui est celle de notre arrêt. Voici la donnée qu'elle nous fournit : la séparation des patrimoines a pour unique objet d'empêcher que les biens héréditaires ne se confondent avec ceux de l'héritier et ne deviennent le gage de ses créanciers personnels au détriment des créanciers du *de cujus;* elle ne produit aucun effet dans les rapports réciproques de ces derniers.

La conséquence est facile à déduire.

Si le créancier qui a pris inscription, pour la conservation de son droit à la séparation, demeure dans la position relative que lui faisait son titre originaire, s'il n'a ni rang ni droit de préférence vis-à-vis des autres créanciers de la succession, l'indétermination inévitable du passif héréditaire empêchera toujours d'affirmer qu'il a pris plus de sûretés qu'il n'en faut pour la sauvegarde de sa créance, et que le dégrévement d'une partie des biens en laisserait encore assez pour lui assurer, dans un concours éventuel, tout ce qu'il aurait eu dans le patrimoine du *de cujus.*

Il en est, en d'autres termes, du créancier séparatiste inscrit sur tous les immeubles de la succession, pour sûreté d'une somme même très inférieure au montant de leur valeur, comme du créancier qui a pratiqué une saisie-arrêt sur une créance plus forte que la sienne. Comme le créancier séparatiste, le créancier saisissant accomplit un acte purement individuel; il n'agit et ne peut agir que dans la mesure de son droit de créance, et l'étendue de ce droit est indiquée dans l'exploit de saisie, de même que l'inscription l'énonce dans l'autre cas; l'intérêt du saisissant n'exige pas moins que la créance totale soit indisponible : à cette condition seulement il est assuré de recueillir tout le profit qu'il était en droit d'attendre de sa vigilance.

La solution est susceptible de changer si l'on admet que la séparation des patrimoines constitue un privilège. Toutefois une distinction est nécessaire, parce que les partisans de cette doctrine

Digitized by Google

ne s'entendent pas lorsqu'il s'agit de déterminer le champ d'action du privilège.

Les uns lui refusent toute influence dans les rapports respectifs des créanciers du *de cujus*. Les motifs précédemment invoqués doivent les conduire à déclarer irréductibles les inscriptions de séparation des patrimoines.

D'autres partisans de l'idée de privilége la suivent, au contraire, dans toutes ses conséquences, et tiennent que le créancier inscrit, dans le délai de l'art. 2111, acquiert un droit efficace même vis-à-vis des autres créanciers héréditaires qui ne se sont pas conformés aux prescriptions légales. Dans cette théorie, la réduction des inscriptions devient possible à partir d'un certain moment. Elle ne doit pas être accordée tant que le délai de six mois laissé aux créanciers héréditaires pour prendre inscription n'est pas écoulé, car jusque-là le créancier le plus diligent peut redouter le concours d'autres séparatistes. Mais à l'expiration de ce délai la situation se fixe; les créances inscrites ont un rang déterminé, leur chiffre est connu, les juges ont une base certaine pour décider, le cas échéant, si telle inscription est excessive, si la valeur de tels et tels immeubles suffirait à la garantie de la dette.

V.

HÉRITIER RÉSERVATAIRE. — DONATION. — RENONCIATION FRAUDULEUSE. — Cour de Dijon, 24 juillet 1885 [1].

Tout le monde connaît les dissentiments qui se sont produits au sujet de l'imputation des libéralités par avancement d'hoirie faites à un réservataire qui renonce à la succession du donateur, et l'on sait que l'opinion qui a prévalu dans la jurisprudence fait porter l'imputation sur le disponible exclusivement.

Les conséquences pratiques peuvent être regrettables. Le père avait donné par avancement d'hoirie; il entendait conserver sa liberté de disposer et avec elle la sanction de son autorité; la volonté de l'enfant gratifié va suffire pour transformer le caractère de la donation qu'il a reçue, pour paralyser peut-être entièrement le droit que le père avait voulu se réserver.

[1] D. 1886, 2, 217

Digitized by Google

On a indiqué un remède. Une clause résolutoire ajoutée à la donation peut prévoir la renonciation du donataire et assurer, dans cette éventualité, le retour des biens à la succession du disposant. Cela est vrai. Mais combien de donations contiendront cette clause? Le donateur voudra-t-il laisser paraître les préoccupations qu'elle dénoterait? Pourra-t-il même le faire dans certains cas? Ne risquerait-il pas notamment de compromettre l'établissement du donataire s'il prétendait insérer la clause dont nous parlons dans une constitution de dot?

L'inconvénient est donc certain. Il devient plus choquant par l'application dans la pratique d'une doctrine selon laquelle le montant de la réserve se détermine en bloc, d'après le nombre d'enfants laissés par le défunt. Le renonçant fait nombre ; la quotité disponible reste ce qu'elle aurait été en cas d'acceptation de tous les successibles ; mais les donataires ou légataires qui en auraient profité dans ce cas se la voient enlever peut-être intégralement.

Enfin il y a la fraude à craindre : une entente peut avoir lieu en vue d'un résultat qui sert les intérêts des héritiers.

Ici du moins il existe une ressource. Les donataires et légataires lésés s'ingénieront à démasquer la fraude; les tribunaux viendront volontiers à leur secours : l'arrêt rendu par la Cour de Dijon, à la date du 24 juillet 1885, en est la preuve.

Une fille, donataire en avancement d'hoirie, avait renoncé à la succession maternelle contre son intérêt. Par là, en effet, elle avait fait passer la totalité de la réserve à un autre descendant, à son frère, et, primée par un précédent donataire, elle n'avait pas pu avoir elle-même la totalité de la quotité disponible que représentait sa donation. Elle avait réussi du moins à paralyser l'effet d'une libéralité testamentaire faite au profit de son père. La renonciation avait eu lieu à l'instigation de la famille maternelle; on avait découvert que la mère de la défunte avait, le jour même de la renonciation, compensé par un don préciputaire l'avantage procuré par cet acte au frère acceptant et rétabli pour l'avenir l'égalité entre les deux enfants. Les circonstances permettaient de dire qu'il y avait un lien entre les deux actes. La renonciation a été annulée.

L'arrêt est intéressant par ses motifs.

Digitized by Google

Les auteurs rappellent, au sujet des abus que le réservataire peut faire de son droit de renonciation, que le danger des renonciations frauduleuses est aujourd'hui moins grand que dans l'ancien droit, parce que le Code, rompant avec la tradition, a assimilé à une acceptation, dans l'art. 780, la prétendue renonciation dont l'héritier a reçu le prix.

On aurait pu s'attendre à ce que la Cour s'emparât de ce même article. L'analogie des situations est évidente; l'arrêt nous dit lui-même, que le don fait au renonçant n'était, aux yeux des parties contractantes, que le prix et la condition de cette renonciation. Les termes de l'article, lorsqu'il parle du prix reçu, sont d'ailleurs très larges; ils n'impliquent pas que ce prix doive être nécessairement fourni par les cohéritiers; il est bien certain qu'ils ne parlent pas d'un prix au sens technique de mot : ce qu'ils visent, c'est la renonciation *aliquo dato.*

Cependant la Cour n'invoque pas le texte précité. Elle donne à sa décision une base beaucoup plus large : « La fraude vicie tous les actes qu'elle inspire et dont elle est la seule cause, l'unique mobile; c'est là une règle d'ordre public et supérieur qui pour être respectée et appliquée n'avait pas besoin d'être déposée dans un texte précis et formel de la loi positive, consacrée qu'elle est par les principes généraux du droit et en particulier par ceux de notre législation qui réprime la fraude toutes les fois qu'elle en constate la présence dans un acte quelconque; d'où il suit qu'un légataire peut demander et obtenir la nullité d'une renonciation à succession qui préjudicie à ses droits, s'il démontre qu'elle a été faite dans le but de lui nuire et que l'intention frauduleuse qui l'a inspirée en a été la cause unique et déterminante, de telle sorte qu'elle ne puisse s'expliquer que par elle. »

Que conclure de ce motif et jusqu'à quel point nous est-il permis de le détacher du reste de la décision? — Où l'on crée un obstacle à l'exercice d'un droit avec la volonté de causer un préjudice, il y a fraude. Faut-il donc annuler la renonciation faite uniquement par malveillance pour un légataire lorsque l'héritier n'avait aucun intérêt personnel à répudier ou à accepter la succession? Ce n'est plus du tout l'espèce de notre arrêt, mais l'af-

Digitized by Google

firmative serait la conséquence logique des propositions qu'il a émises. La question du reste est surtout théorique : en fait, l'intérêt de l'héritier sera presque toujours engagé en quelque point dans son option.

On peut rapprocher de l'arrêt de Dijon une décision de la Chambre des requêtes intervenue dans des circonstances de fait et de droit très différentes, mais où se trouve implicitement admise l'idée que la fraude du successible peut entraîner l'annulation d'une renonciation préjudiciable à des légataires. (Cass. req., 15 mars 1859, S. 1859, 1, 506).

VI.

TESTAMENT OLOGRAPHE. — FAUSSE DATE. — NULLITÉ. — PREUVE. — Cass. req. 20 juillet 1886, et 11 janvier 1886 [1].

I. — De nouveaux arrêts viennent répéter chaque année que l'inexactitude de la date, dans un testament olographe, équivaut à l'absence de date et emporte nullité du testament.

Cette proposition a fait l'objet, dans un des examens doctrinaux de l'année 1884, (*Revue critique*, 1884, p. 655), d'excellentes observations auxquelles nous ne pouvons que nous référer.

Il semble bien que, dans la pensée du législateur, la date, la date véritable, constitue une solennité du testament olographe, une condition essentielle de sa validité. Mais la rigueur de cette interprétation devient parfois extrême, et l'on éprouve quelque regret que la jurisprudence française n'ait pas suivi la Cour de cassation de Belgique (26 mars 1875, S. 1876, 2, 51) dans une interprétation plus indulgente qui évite de placer sur la même ligne une erreur et un mensonge, une inadvertance et la volonté bien arrêtée de dissimuler une incapacité.

Qu'on annule, avec l'arrêt de la Chambres des requêtes du 20 juillet 1886, un testament qui a été antidaté pour cacher qu'il était dressé, quelques heures seulement avant la mort, par une personne à peine en état de voir et d'écrire et qui subissait une captation, la décision n'a rien de trop sévère. Mais on apprécierait autrement celle qui briserait les dispositions d'un testateur parce que, en transcrivant un acte antérieur pour en modifier

[1] S. 1886, 1, 412 et 337.

Digitized by Google

quelque détail, il aurait sans réflexion reproduit la date originaire.

Aussi accueille-t-on volontiers un tempérament qui conjurerait peut-être la nullité en pareil cas. On le rencontre dans une nouvelle proposition que le système construit par les arrêts, pour la solution de ces questions, réunit à celle que nous indiquions plus haut : l'irrégularité de la date peut être rectifiée, quand elle provient d'une erreur ou d'une inadvertance, si le testament fournit lui-même des éléments certains pour rétablir sa véritable date. La dureté du principe est atténuée et la loi n'est pas moins obéie, car tout ce qu'elle exige, c'est que le testament ait une date; elle ne prescrit pas de l'énoncer suivant une forme sacramentelle.

II. — Faire apparaître la fausseté de la date, soit pour en déduire, en conformité de la première des solutions qui viennent d'être rappelées, l'irrégularité matérielle du testament, soit pour arriver à établir que le testament a été fait en temps d'incapacité, c'est très souvent le but poursuivi dans les nombreux procès qui s'élèvent à propos des testaments olographes. L'arrêt du 11 janvier 1886 nous amène parmi les règles relatives au mode d'administration des preuves dans les contestations de cette nature.

Nous laissons de côté les difficultés particulières au cas où la sincérité de l'écriture est mise en question. Nous supposons que l'écriture est reconnue. Une idée domine l'analyse que nous avons à faire : le testament fait foi de la date qu'il porte. Malgré l'énergique contradiction opposée par M. Laurent (*Principes*, t. XIII, nos 240 et suiv.), cela est admis en doctrine et en jurisprudence.

Le testament fait foi de sa date. C'est donc à l'héritier qui conteste la sincérité de cette date à justifier son dire. Suivant quelles règles le fera-t-il ?

Une réponse très simple et très nette serait celle-ci : Le testament olographe est un écrit sous seing-privé; la loi elle-même le qualifie tel dans l'une de ses dispositions, dans l'art. 999, C. civ. : appliquons-lui, quant à la force probante, les mêmes règles qu'aux autres écrits privés.

Voici les conséquences, en les déterminant d'après les opinions

Digitized by Google

généralement reçues : l'héritier doit tenir provisoirement la date pour vraie, mais il a le droit de la contester; il est autorisé à employer à cet effet tous les moyens de preuve, et il n'a pas besoin de s'inscrire préalablement en faux, car l'antidate dans un écrit privé ne constitue pas un faux.

Il est vrai que, dans cette doctrine, le testament est assez fragile; mais le testateur mérite-t-il plus de confiance que les parties qui figurent dans un contrat? La tentation est grande, pour le testateur qui dispose au mépris d'une incapacité comme pour ceux qui exploiteraient ses passions ou sa faiblesse, de dérouter les recherches au moyen d'une simulation de date, et il n'en est que plus désirable que toutes les dispositions par lesquelles la loi s'efforce de protéger la famille et le testateur lui-même ne soient pas impunément violées. La procédure de l'inscription de faux n'exclurait sans doute aucun moyen de preuve (art. 232, C. proc. civ.), mais avec son formalisme, ses complications, la menace d'une peine pour le plaideur jugé téméraire, elle découragerait peut-être de justes prétentions.

Les idées qui ont prévalu dans la jurisprudence sont différentes.

Un arrêt bien connu de la Cour suprême s'est exprimé ainsi : « Le testateur qui dispose pour le temps où il ne sera plus exerce en quelque sorte la puissance législative;..... la loi le place momentanément dans la classe des fonctionnaires publics; il en résulte qu'il imprime authenticité à la date qu'il donne au testament. » (Req. 29 avril 1824).

Nous transcrivons ces affirmations sans les discuter. — Où conduiraient-elles logiquement? A exiger l'inscription de faux toutes les fois que la vérité de la date d'un testament olographe serait déniée, tout comme s'il s'agissait d'un testament public.

Les arrêts vont-ils jusque-là? — Non. Ils font de la nécessité de l'inscription de faux la règle; — mais ils admettent des exceptions.

Dans quels cas? — C'est d'abord quand le testament est attaqué pour cause de captation ou de suggestion : l'antidate, disent-ils, n'est pas alors l'objet direct et principal du procès; elle n'est alléguée que comme l'un des éléments de la fraude et comme l'un des moyens qui en ont préparé et facilité le succès.

Digitized by Google

Faut-il ajouter le cas où le testament est attaqué pour incapacité du testateur ? — Le pourvoi soulevait la question dans notre affaire. Le testateur était mort en état d'aliénation mentale; il laissait un testament que sa date plaçait en temps de capacité; l'arrêt attaqué constatait qu'il avait été fait dans la période d'incapacité et il n'y avait pas eu inscription de faux. — Il serait assez difficile d'expliquer pourquoi la fraude ne pourrait pas être poursuivie dans cette hypothèse aussi facilement que dans le cas de captation; pourtant il y a eu des hésitations. Notre arrêt ne se prononce pas : la teneur de la décision attaquée l'appelait à suivre une autre direction.

Ce n'était pas en effet l'incapacité du testateur que la Cour d'appel avait présentée comme motif décisif de prononcer la nullité du testament. Elle avait bien mis en relief cette circonstance que l'état matériel du testament ainsi que certaines de ses énonciations prouvaient sa confection à une époque postérieure à celle qu'il indiquait; les constatations relatives à l'état mental du testateur n'étaient rélevées qu'à titre subsidiaire, comme une raison d'affirmer avec plus d'énergie la solution que devait entraîner par elle seule l'application de la règle qui assimile l'inexactitude à l'absence de date.

La Chambre des requêtes a décidé que, dans les termes indiqués, la preuve de la fausseté de la date pouvait être faite indépendamment de l'inscription de faux. C'est la consécration d'une troisième exception au prétendu principe sur la foi due à la date du testament olographe : la date peut être combattue, sans inscription de faux, lorsque le testament fournit lui-même, par ses énonciations ou son état matériel, les moyens de la combattre. L'arrêt ajoute que des preuves extrinsèques peuvent être employées pour compléter le commencement de preuve renfermé dans le testament.

La première proposition s'explique ainsi : Le testament a la même force dans toutes ses parties; « il ne saurait faire foi de sa date lorsqu'il la dément lui-même. » (Demolombe, *Donations et testaments*, t. IV, n° 157).

Quant à l'admission de preuves extrinsèques, sans inscription de faux, à l'effet de développer la démonstration qui, suivant l'ex-

Digitized by Google

pression des arrêts, a sa racine dans le testament, elle procède, comme l'a fait observer M. Labbé [1], d'une idée qui est juste en elle-même : « les écrits inspirent plus ou moins de confiance suivant l'ensemble de leur rédaction; » seulement les textes de la loi n'en portent pas la moindre trace, ils n'établissent pas des degrés dans la force probante suivant que la rédaction et la contexture d'un acte rendent plus ou moins vraisemblable sa sincérité.

La vérité est qu'en ce point, comme dans tous ceux qui précèdent, le système est arbitraire. Il commence par assimiler le testament olographe au testament public, pour aboutir à des solutions qu'on n'appliquerait certainement pas à ce dernier, mais que le besoin de réagir contre la trop grande facilité des fraudes a imposées pour le testament olographe. Ainsi s'est constituée une théorie toute spéciale; la force probante du testament olographe se trouve n'être pas celle des actes authentiques de ce testament et elle diffère également de celle des actes privés. Quel est le texte qui a fait de ce testament un acte à part?

VII.

ÉTABLISSEMENT PUBLIC. — LEGS. — AUTORISATION. — RÉDUCTION. — Cass., Chambre civile, 23 février 1886 [2].

L'autorité administrative chargée, en conformité de l'art. 910 du Code civil, d'autoriser les libéralités testamentaires faites au profit de certaines personnes civiles, d'une commune, d'un bureau de bienfaisance en particulier, peut n'autoriser la libéralité que pour partie.

On lui a contesté ce droit à une certaine époque : l'intention du disposant, disait-on, ne serait pas respectée par une autorisation qui ne serait donnée que pour partie. Mais l'intention du testateur n'est pas seule à considérer dans la matière; les motifs bien connus qui avaient fait exiger l'autorisation ont fait accepter le droit de réduction.

Les auteurs se sont demandé et la jurisprudence a eu à décider si la réduction a pour effet de modifier le caractère du legs. Le testament en faisait, par exemple, un legs universel; il a été réduit

[1] Dissertation en note sur notre arrêt (S. *loc. cit.*).
[2] D. 1886, 1, 242.

Digitized by Google

à une quote-part. Est-ce un legs à titre universel? — La négative prévaut. La volonté du testateur détermine seule la nature du legs; cette volonté ne peut être remplacée par aucune autre. On a jugé que la personne civile conserverait, le cas échéant, le bénéfice de la saisine, le droit aux fruits dès l'ouverture de la succession (art. 1005, 1006, C. civ.).

M. Laurent professe une opinion contraire (*Principes*, XI, n° 299). L'objet définitif du legs déterminerait sa nature, parce que l'autorisation administrative est la condition *sine qua non* de la capacité du légataire; « lorsque le gouvernement décide que le légataire n'aura que la moitié des biens, il décide par cela même qu'il n'était capable que dans cette limite, que partant il était incapable de recueillir un legs universel. »

Lorsque la disposition atteinte par l'exercice du droit de réduction revêtait la forme d'un legs à titre universel, la question se pose encore. L'autorisation d'accepter peut n'avoir été donnée que pour tel ou tel des objets que le *de cujus* avait légués; la libéralité est comme ramenée à un legs particulier; contiune-t-elle à produire les effets qu'elle aurait produits comme legs universel? — La solution importe au point de vue de la contribution aux dettes; elle importerait aussi, peut-être, au point de vue du droit aux fruits.

Voici du moins un point sur lequel les deux doctrines pourront être d'accord; l'acte d'autorisation qui limite le legs à un objet particulier empêcherait la personne civile de réclamer une part dans le montant des legs particuliers actuellement caducs dont l'exécution aurait diminué l'émolument du legs à titre universel fait par le testateur. Le légataire ne peut pas recevoir plus que l'objet qu'il a été autorisé à accepter : l'art. 910 s'y opposerait même dans le système qui considèrerait le legs comme étant demeuré un legs à titre universel. (Chambre civile, 23 février 1886). CH. MASSIGLI.

Digitized by Google

NOTE SUR L'INFLUENCE EXERCÉE PAR LES INSTITUTES EN MATIÈRE DE CLASSIFICATION DU DROIT [1],

Par M. Hauriou, agrégé près la Faculté de droit de Toulouse.

1. Lorsqu'on explore la littérature juridique des derniers siècles à partir du Seizième, on est frappé du nombre considérable d'ouvrages dont le plan est calqué sur celui des Institutes de Justinien; d'autre part notre Code civil reproduit à peu de chose près la distribution des matières du manuel byzantin. Il y a là une influence exercée en matière de classification du droit qui mérite d'être examinée. Elle est connue, mais nous ne croyons pas que personne ait jamais entrepris de la mesurer exactement, du moins rien n'a été publié qui soit venu à notre connaissance [2]. Nous nous sommes proposé de faire en ce sens des recherches. Nous ne nous flattons point d'être arrivés à un résultat complet, les ressources limitées d'une bibliothèque de province ne nous le permettaient pas [3]; nous pensons simplement avoir réuni quelques indications utiles pour ceux qu'intéresse d'une façon générale la question de l'influence du Romanisme sur notre Droit national.

[1] Cette note a été préparée dans une conférence de travaux pratiques d'histoire du Droit organisée à la Faculté de Toulouse. Ont prit part à ce travail : MM. Bagnères, Bernadet, Bezard-Falgas, Bouché, Cézar-Bru, Clos, Dieudonné, Dorel, Favenc, Lagarde, Pradines, Saurat.

[2] Hugo parle d'une façon vague de cette influence, Savigny se demande si elle a été aussi grande qu'on veut bien le dire, *Traité de droit romain*, I § 59. La classification des Institutes a été plutôt étudiée en elle-même. C'était pour Hugo un sujet de prédilection, il y revient par trois fois dans son *Civilistische Magazin*, *IV* n° 1, *V* n° 15, *VI* n° 15. Savigny la compare avec la sienne dans son tome *I*, § *LIX*. Schweppe, *Rumische Rechtsgeschichte*, t. 90, Puchta, *Cursus Institutionum* t. 99, en ont parlé. M. Glasson s'en occupe à propos de Gaïus dans son Etude sur ce jurisconsulte, n° 18 et suiv. M. Summer-Maine dans son étude sur la classification des règles légales (*L'ancien droit et la coutume primitive, seconde série*), la compare aux classifications plus primitives en chefs de litige et il émet comme toujours des aperçus ingénieux. Voy. aussi une apologie de cette classification dans les Institutes de Sandars, 7me édition, préface de M. Hammond, ouvrage américain.

[3] Voir la note de la première page.

Digitized by Google

I.

2. Nous nous sommes préoccupés d'abord de dresser une sorte de catalogue des œuvres dont le plan est inspiré de celui des Institutes [1]. La chose était facile. Ce plan repose sur une division tripartite saisissante. Toutes les règles du droit civil sont groupées sous trois rubriques, les personnes, les choses, les actions : « omne autem jus quo utimur vel ad personas pertinet, vel ad « res, vel ad actiones [2]. » Sous la rubrique *personæ* sont les règles sur l'état des personnes et celles sur les institutions de famille, comme la puissance paternelle, le mariage, la tutelle, la curatelle. Sous la rubrique *res* sont les règles sur la division des choses, sur les droits réels, enfin sur les modes d'acquérir à titre particulier et à titre universel. Sous la rubrique *actiones* sont les règles relatives à la violation des droits déjà passés en revue. De ces règles les unes se rapportent à la procédure, les autres au fond du droit et eussent été mieux placées dans les deux premières divisions ; l'existence de cette troisième partie des Institutes prouve que même dans le dernier état du droit romain la séparation n'est pas complète entre le fond et la forme, que le droit apparaît encore autant comme une lutte judiciaire que comme un état légal. Quoi qu'il en soit, c'est cette classification tripartite qu'il s'agissait de rechercher [3].

Voici le résultat de nos recherches :

[1] Il s'agit bien entendu des œuvres qui ne sont pas de purs commentaires.

[2] Gaïus, I § 8. — Inst. § 12, *De jure nat.*, 1, 2.

[3] Cette division tripartite remonte à Gaïus qui semble en avoir été l'inventeur. Il est difficile de savoir si elle repose sur une idée profonde, sur la théorie du patrimoine à laquelle on a voulu la rattacher dans les temps modernes (V. Savigny, *Traité de Droit romain*, *I* § *LIX*), ou, ce qui est plus probable, si elle n'était pas le résultat d'une simplification empirique des classifications antérieures. Sur toute cette question, V. l'étude sur Gaïus de M. Glasson, n° 18 et suiv. — Quant à la coupure des Institutes en quatre livres, elle est toute matérielle et se référait probablement aux nécessités de l'enseignement — l'étude des Institutes devait durer deux années et chaque année était partagée en deux semestres — elle n'a donc qu'une importance très secondaire.

Digitized by Google

3. L'influence de la classification des Institutes a été nulle jusqu'au XVIe siècle. Son action ne se fait sentir qu'après la seconde renaissance des études de droit romain. A ce moment seulement les esprits ont retrouvé un degré de culture suffisant pour apprécier ce dernier effort de la culture romaine à la poursuite de la méthode. A partir de la fin du XVIe siècle, l'influence de la classification se développe et son ascendant devient tel au XVIIIe siècle que sans discussion elle s'impose aux rédacteurs du Code civil. De dogmatique qu'elle était jusque-là, elle devient législative. Ceux-là comprendront toute l'importance du pas franchi qui savent combien il y a loin de l'idée au fait [1].

4. Avant le XVIe siècle on ne peut citer presque aucun ouvrage inspiré des Institutes. Il n'y a que deux *Summæ*, celle de Placentinus et d'Azo [2] et deux manuels, les *Petri exceptiones* et le *Brachylogus* [3].

[1] Ce n'est pas seulement en France que les Institutes fournissent ainsi la base de la classification du droit civil. C'est dans tous les pays qui ont adopté notre Code civil. — Belgique, — Italie, — Prusse rhénane, — cantons de Genève, Fribourg, Lucerne, Neuchâtel, Tessin, Vaud, Valais, — Bolivie, — Haïti, — Louisiane.

Du droit civil la classification semble destinée à passer dans le droit administratif; elle y a été introduite en 1859 par M. Batbie dont l'ouvrage est sans contredit le plus important. M. Dareste, dans son livre sur la justice administrative, et un professeur de Pise, M. Gianquinto, dans un ouvrage de Droit public et administratif, ont adopté le même plan. V. à ce sujet l'introduction du second volume de M. Batbie, 2me édition.

[2] Dans les universités du moyen âge on suivait beaucoup plus le Digeste et le Code que les Institutes.

[3] Malgré des différences considérables, les *exceptiones Petri* sont fortement inspirées des Institutes. Il y a quatre livres, comme dans les Institutes; il est vrai que les livres ne sont pas subdivisés en titres et en paragraphes, mais en petits chapitres très-courts. L'ordre général des matières est à peu près le même; seulement le classement par livres est modifié, les matières des livres 1 et 2 des Institutes étant condensées dans le livre 1er des *exceptiones*. On a alors dans les *exceptiones* : livre I, personnes et choses; livre II, contrats; livre III, délits; livre IV, actions et procédure. Ajoutons qu'il y a des lacunes et un certain désordre.

Quand au *Brachylogus*, il est en tout conforme aux Institutes, sauf que le livre II comprend les successions *ab intestat* et que le livre III ne finit qu'après les obligations *ex delicto*.

Le *liber* de Vacarius suit l'ordre du Code.

Digitized by Google

Quant aux autres documents juridiques, ou bien ils sont composés sans aucune méthode, ou bien ils obéissent à un ordre spécial qui s'est spontanément développé dans telle ou telle branche du droit, ou bien ils subissent de préférence l'influence du Digeste et du Code.

Dans la littérature byzantine où les Institutes auraient dû s'imposer par la force de la tradition, elles sont totalement négligées [1]. Personne ne s'est jamais avisé de chercher trace de leur action dans la littérature franque, pas même dans celle de l'époque de Charlemagne.

Dans la littérature canonique, l'influence n'apparaît qu'au XVIe siècle avec les Institutes de Lancelot. Les compilations canoniques avaient été sans ordre défini jusqu'à Bernard de Pavie. En 1190 celui-ci publia un *Breviarium* des décrétales divisé en cinq livres dont l'objet est résumé dans le vers célèbre :

Judex, judicium, clerus, connubia, crimen.

Cette classification fit fortune. Elle fut adoptée bientôt après, par le recueil de Grégoire IX, l'*Extra*, et dans la suite par tous les recueils législatifs qui se succédèrent. Elle fut adoptée aussi par les canonistes. Guillaume Durand, dans son *Repertorium aureum*, plie le *Décret* à l'ordre de l'*Extra*. Dans son *Speculum juris*, trois de ses principales divisions sont trois des divisions de l'*Extra*, et la quatrième reproduit en subdivision le même ordre d'une façon complète. Mais la législation canonique touche à toutes les branches du droit, les matières civiles autres que le mariage sont rangées sous la rubrique *clerus*, sans doute parce que dans les procès

[1] Elles sont commentées par des contemporains comme Théophile et peut-être Etienne et Dorothée. On en extrait des *Regulæ juris* (opuscule publié par Zachariæ de Lingenthal dans ses *Analecta*, p. 170-175). Puis il faut aller jusqu'au XIe siècle pour trouver une mention de leur division tripartite dans la *Synopsis legum* de Psellus, et encore Psellus, tout en indiquant cette division, ne s'y conforme-t-il pas. Ni les *Recueils officiels de Droit*, comme l'*Ecloga* de Léon l'Isaurien ou le *Prochiron* de Basile, ni les *Enchiridia privata*, si nombreux jusqu'à l'*Hexabiblon* d'Harménopule, n'ont suivi l'ordre des Institutes. Cela tient à ce que ce n'était pas un ordre pratique, mais dogmatique, l'ordre pratique était celui du Digeste et la science du droit affaiblie ne pouvait pas s'élever au-dessus de la pratique.

Digitized by Google

entre clercs toutes les questions pouvaient se présenter. On pourrait croire que sous cette rubrique au moins elles sont classées dans un ordre qui rappelle celui des Institutes, il n'en est rien, elles ne sont point classées, elles sont pêle-mêle en *chefs de litige* suivant l'expression de M. Sumner-Maine.

Dans la littérature du droit féodal et coutumier, de deux choses l'une, ou bien il n'y a pas de classification appréciable, ou bien on saisit l'influence du Digeste et du Code.

La coutume de *Beauvoisis*, le *Livre de Jostice et Plet* ont subi l'influence du Digeste [1]; le *Conseil à un ami* celle du Code; dans les autres la classification n'est pas définie.

Lorsque les coutumes se rédigèrent au XVIe siècle, pas une ne prit modèle sur les Institutes [2].

5. Il ne faudrait pas croire non plus qu'à partir du XVIe siècle l'influence de la classification des Institutes ait été sans rivale.

Les théoriciens du droit des gens ne l'ont pas subie, sauf Cocceius [3].

En plein XVIIe siècle, Domat, l'esprit le plus philosophique et

[1] Les cinquante premiers titres des *Coutumes de Beauvoisis* suivent à peu près l'ordre de Digeste, le *Livre de Jostice et Plet* le suit absolument. On retrouve même la division en *Digestum vetus*, *Infortiatum* et *Digestum novum ;* au début du livre XII il y a « ci commence le livre d'enforcade; » — au début du livre XIV « ci commence le livre de Digeste nove. »

[2] La seule remarque qu'on puisse faire c'est qu'il y a deux types très-différents de coutumes au point de vue de la distribution matérielle. Les unes sont coupées en petits chapitres très-nombreux et très-courts qui se suivent sans ordre comme dans les capitulaires ou les coutumiers du XIIIe siècle : telles sont les coutumes de Champagne et Brie, et les coutumes du Hainaut. — Les autres sont coupées en titres peu nombreux subdivisés en articles : telles sont la coutume de Paris et la plupart des coutumes générales. Ce second type est évidemment plus perfectionné que le premier par cela seul qu'il implique la subordination des détails à une idée d'ensemble dans chaque titre. Ce progrès est probablement dû à l'influence des recueils de Justinien, mais pas spécialement des Institutes. — Au point de vue du classement des titres la seule remarque à faire, c'est que généralement on trouve en un bloc toutes les institutions de famille, communauté, douaire, garde-noble et bourgeoise, testament, succession, retrait lignager, distinction des meubles et des immeubles.

[3] V. les œuvres de Grotius, Puffendorf, Barbayrac, Leibnitz, Wolff, etc.

Digitized by Google

le plus puissant qu'ait produit l'école française, s'en affranchit complétement dans les *lois civiles* [1].

L'ordre du Digeste et du Code a encore des partisans.

Heineccius voulait tout ramener à l'ordre du Digeste. Claude de Ferrière en a fait une conférence avec les ordonnances royaux [2]. Claude Colombet a fait sur ce plan un abrégé de la jurisprudence romaine [3].

Le président Faber fait son Code à l'imitation de celui Justinien [4]. — On publie deux recueils d'ordonnances dans le même goût [5]. — Claude de Ferrière fait encore une jurisprudence du Code [6]. — Enfin on trouve de véritables traités de droit sous forme de commentaires du titre *De regulis juris* au Digeste [7].

[1] Domat pourrait être appelé le premier des sociologistes, il n'a vu que deux grands faits dans le monde juridique : les *engagements* qui servent à établir les rapports entre les hommes, les *successions* qui font passer aux hommes d'une génération le bénéfice des rapports noués par la génération précédente. Ce sont les rapports de *co-existence* et de *séquence* de l'école moderne. — Cette classification n'a pas eu de succès parmi les jurisconsultes, elle a un tort, le droit privé y est vu du point de vue collectif, tandis qu'il doit être vu du point de vue individuel. Le droit privé intéresse avant tout l'individu. — Quoi qu'il en soit, Domat a profondément méprisé la classification des Institutes. Dans sa préface il disserte sur le manque d'ordre des recueils de Justinien, il ne parle pas des Institutes.

[2] *Digeste conféré avec les ordonnances royaux* par Claude de Ferrière. — Paris 1677 et 1688, 2 vol. in-4°.

[3] *Abrégé de la jurisprudence romaine divisé en sept parties à l'imitation des Pandectes de Justinien avec son rapport à ce qui est de notre usage, par Claude Colombet*, Paris, 1655. — Il s'agit ici des sept parties du Digeste telles qu'elles sont indiquées par Justinien dans la L. 2 § 2, du titre *De veteri jure enucleando*, C. I, 17. Mais cet ordre est fort inexactement suivi.

[4] *Codex Fabrianus*, Ant. Faber, Lyon, 1658. Cet ouvrage date du début du XVIIe siècle. C'est un recueil des décisions du Sénat de Chambéry. — Il n'y a que neuf livres comme dans le Code des glossateurs.

[5] Le *Corps du Droit français* publié en 1500 sans nom d'auteur. — Et la *Conférence des ordonnances royaux* par Guénois. Paris, 1596 et 1618.

[6] *Jurisprudence du Code*. Paris, 1684, 2 vol. in-4°. Claude de Ferrière a encore fait une jurisprudence des Novelles.

[7] Commentaires de Jacques Godefroy sur le titre *De regulis juris*, ouvrage de Dantoine.

Digitized by Google

6. Malgré cela l'influence des Institutes devient prépondérante. Le nom se propage avec la plus grande rapidité. Tout exposé systématique d'une branche du droit prend le nom d'Institutes ou Institutions. Sans parler des Institutes de droit coutumier qui ont non seulement le nom, mais aussi l'ordre des matières, on voit se succéder des Institutes de procédure [1], des Institutes de droit canonique [2], des Institutes de droit des gens [3], des Institutes de droit criminel [4], des Institutes du droit commercial [5].— Il y a eu des Institutes du droit Belge [6], du droit Castillan [7]. — Il y a même eu des Institutes du Code Napoléon [8].

7. Mais nous recherchons surtout l'influence exercée par le plan, par la classification tripartite. Voici la liste chronologique que nous avons pu dresser à ce point de vue, on peut dire qu'elle contient la presque totalité des œuvres d'ensemble publiées du XVIe au XIXe siècle :

1° *Commentarii juris civilis* de François de Connan, conseiller du roi, Paris, 1553. Cet ouvrage nous semble être le premier en date. Du reste Connan avait annoncé son intention de distribuer le droit romain suivant un ordre nouveau, et la tentative était considérée comme nouvelle par les contemporains. Elle est blâmée par Cujas, louée par le président Fabre. L'ordre adopté par Connan est bien celui des Institutes : *personæ*, *res*, *actiones* ; cela est dit par deux fois dans la préface générale et dans celle du livre V : — materiellement l'ouvrage est divisé en dix livres. Un livre préliminaire sur les sources du droit, sous le nom de τα πρωτα, un livre *de personis*, deux livres sur les choses, six livres sur les actions étudiées dans leur source (*De pactis*, *De verb. obligationibus*, *De rebus creditis*, etc...). Il y a évidemment mélange de l'influence du Digeste et de celle des Insti-

[1] Les quatre livres des *institutiones forenses* ou autrement Practique judiciaire de maître Jean Imbert, Lyon, 1552.

[2] Institutes de Lancelot, de Fleury, Durand de Maillane, Bœhmer, Grüber, Martin.

[3] *Institutiones juris naturæ et gentium*, Wolff.

[4] Muyard de Vouglans, 1568.

[5] Franckius, *Institutiones juris cambialis*. Jean Toubeau, *Institutes du droit consulaire*, 1500. — Boucher, *id*, 1501. Delvincourt. *Institutes du droit commercial*, 1810.

[6] *Institutes du droit de la Belgique*. Ghewiet, Lille, 1736.

[7] *Institutiones del derecho civil de Castilla*. Asso, Madrid, 1786.

[8] *Institutiones juris civilis Napoleonis in usum prælectionum conscriptæ*, Ernest Spangenberg, Gœtting, 1808.

Digitized by Google

tutes. Connan n'avait du reste achevé que les quatre premiers livres, il est mort en 1552. L'édition de 1553 a été faite par Barthélémy Faye.

2° *Institutiones juris canonici* de Pierre Lancelot, 1563.

L'ouvrage de Lancelot est divisé en 4 livres comme les Institutes. Le livre I est consacré aux personnes, le livre II aux choses, mais les livres III et IV sont consacrés à la procédure civile et criminelle et se rattachent plutôt à *l'Extra*. — L'influence des Institutes est visible dans le nom, dans la répartition en quatre livres, dans la division des *res* où les sacrements sont considérés comme choses ecclésiastiques. Enfin à la rigueur les deux derniers livres peuvent être placés sous la rubrique *actiones*, on retrouve alors la division tripartite.

Les Institutes de Lancelot ont été traduites, commentées, augmentées, au XVIIe siècle et au XVIIIe par des auteurs nombreux, le plus récent est Durand de Maillane. Nous ne faisons pas figurer dans notre énumération toute cette liste d'ouvrages, elle l'allongerait inutilement. Il suffit de savoir qu'à partir du XVIe siècle le plan des Institutes est le plan ordinaire des exposés élémentaires de droit canon.

3° *Syntagma juris universi* de Pierre Grégoire le Tholosan, Lyon, 1582.

Cet ouvrage qui contient du droit des gens, du droit public, du droit criminel en même temps que du droit civil, a la division en trois parties. Seulement les *res* sont placées avant les *personæ* « parce qu'elles ont été créées avant », dit l'auteur. Sous la rubrique *actiones* sont tous les *negotia* qui peuvent donner lieu à des procès. Bien que l'auteur ne parle pas des Institutes, malgré l'inversion des *res* et des *personæ*, l'influence des Institutes n'est pas contestable.

4° *Pandectes ou Digeste du droit français* par Charondas le Caron, 1583.

Malgré son titre cet ouvrage suit l'ordre des Institutes, seulement il est plus complet, il renferme du droit canon et du droit public. Il est divisé en 4 livres. Le livre I contient du droit canon et du droit civil, par conséquent c'est dans les suivants qu'il faut chercher les matières des Institutes. En effet le livre II est consacré aux personnes et aux choses; il est à remarquer que les obligations figurent au premier rang parmi les modes d'acquérir les choses. Le livre III est consacré aux successions testamentaires et *ab intestat* : ici l'auteur déclare s'être rapproché de l'ordre du Code en séparant les successions des modes d'acquérir. Enfin le livre IV contient les actions, la procédure civile et criminelle.

5° *Commentarii juris civilis* de Hugues Doneau, 1583.

Cet ouvrage considérable suit au fond, sauf de rares modifications, l'ordre des Institutes. — Cela n'apparait pas au premier abord à cause de la division matérielle qui est fort différente, 28 livres subdivisés en chapitres. — Doneau a ainsi repris avec plus de succès l'œuvre de Connan.

6° *Institutes coutumières* de Loysel publiées en 1607 en même temps que celles de Guy-Coquille.

Les Institutes de Loysel contiennent bien des choses qui ne sont pas dans

Digitized by Google

les Institutes de Justinien, des matières purement féodales et coutumières, il y a six livres au lieu de quatre, plus un livre préliminaire. Malgré cela l'ordre général est évidemment calqué. Le livre I est consacré aux personnes, le livre II aux choses, les livres III et IV aux obligations, les livres V et VI aux actions et aux matières criminelles. Il est à noter que les succession *ab intestat* sont séparées des obligations et rapprochées des choses [1].

7° *L'interprétation des Institutes de Justinien* par Etienne Pasquier écrite en 1609, publiée en 1847.

Nous ne citerions pas cet ouvrage s'il ne contenait autant de droit français que de droit romain. « C'est la jurisprudence parlementaire du XVIe siècle éclairée par la politique du droit, les lettres, et la raison divine du christianisme », écrivait M. Giraud dans sa préface. L'ordre des matières est absolument suivi. La division en 4 livres est respectée, seulement les livres au lieu d'être subdivisés en titres, sont coupés en chapitres beaucoup plus nombreux. La matière des actions est un peu écourtée.

8° *La conférence du droit français avec le droit romain* par Bernard Automne, avocat au parlement de Bordeaux, 3e édition, 1629.

A la vérité dans cet ouvrage il n'y a guère que l'intention de suivre l'ordre des Institutes : « Pour apprendre le droit, dit l'auteur, il ne faut point écrire qu'il y a meilleure méthode que celle que l'empereur Justinien nous a laissée par écrit [2]. » Malheureusement, après quelques notions sur l'état des personnes et sur la division des choses, il passe brusquement à la procédure.

9° *Remarques du droit français sur les Institutes de l'empereur Justinien, ou la porte et l'abrégé de la jurisprudence française* par H. M., avocat au parlement. Paris, 1655 (probablement Hiéronyme Mercier).

Cet ouvrage est une pure adaptation des Institutes de Justinien au droit français. L'ordre est suivi même pour la division en livres et en titres, sauf beaucoup de suppressions justifiées par les changements de législation.

10° *Institutes du droit français* par *Claude Fleury*, ouvrage écrit de 1663 à 1666, édité par MM. Laboulaye et Dareste en 1858, le plus important ouvrage d'ensemble du XVIIe siècle d'après les éditeurs. La division matérielle n'est pas celle des Institutes; — il y a en plus du droit public et de la procédure — mais pour le droit civil on retrouve l'ordre. Il y a huit parties : la première est consacrée au droit public, — la seconde aux personnes, — la troisième aux choses, — la quatrième aux obligations, — la cinquième aux suites des obligations et à des notions générales sur les actions, — la sixième, la septième et la huitième à la procédure civile et criminelle.

[1] Les Institutes de Guy-Coquille n'ont pas subi l'influence romaine; elles reproduisent à peu de chose près l'ordre de la coutume de Nivernais.

[2] Titre *De justitia et jure* in pr.

Digitized by Google

11° Les *Arrêtés de Lamoignon*. Les arrêtés ont été terminés vers 1672 et imprimés seulement en 1702.

L'influence des Institutes ne s'y fait sentir que faiblement. On n'y trouve que la division des personnes et des choses. Encore ne sont-ce guère que des rubriques. Dans ce projet de Code, qui n'est du reste qu'une révision de la coutume de Paris, les matières gardent une physionomie fortement coutumière.

12° Le *Nouveau Praticien* par Claude de Ferrière, Paris, 1681.

Cet ouvrage est consacré à la procédure en matière civile, criminelle et bénéficiaire. Mais au début de la première partie, il y a trois sections qui renferment les règles du droit civil : les personnes, les choses, les actions ; la matière des obligations est dans la section des choses.

13° *Institution du droit romain et du droit français* divisée en quatre livres par un auteur anonyme, avec des remarques de François Delaunay, avocat au parlement et professeur royal du droit français, Paris, 1686.

Cet ouvrage, qui au jugement de Laboulaye est le plus important du XVIIe siècle avec les institutions d'Argou, suit très correctement l'ordre *personæ, res, actiones*. Il est divisé en quatre livres : Livre Ier, généralités sur la justice et sur le droit. Livre II, des personnes. Livre III, des choses (division des choses, donations, testaments, successions). Livre IV, des actions, (jugements, *contrats*, délits).

14° *Institution au droit français* par Argou, publiée en 1692 sans nom d'auteur.

Cet ouvrage contient toutes les matières des Institutes, sauf les actions. Il est néanmoins divisé en 4 livres, et il est à remarquer que le quatrième livre n'est là que pour obéir à la tradition des Institutes, il est rempli par des matières diverses. Le premier livre est consacré aux personnes, le second aux choses, le troisième aux obligations, le quatrième aux suites et accessoires des obligations. — Les successions *ab intestat* sont dans le livre des choses.

15° *La Nouvelle pratique civile et criminelle et bénéficiale*, ou le *Nouveau praticien français* par M. Lange, sixième édition, Paris 1694.

Comme dans le praticien de de Ferrière, avant la procédure proprement dite, il y a quelques règles générales de droit, aux livres II et III. Dans le livre II il est traité des personnes et des biens. — Il n'y a guère que la division des personnes et la distinction des biens. Dans le livre III il y a des notions générales sur les actions et à propos des actions sur les contrats les plus pratiques.

Le livre II n'existait pas dans la première édition.

16° *Les règles judiciaires du droit coutumier et du droit écrit* par Pierre Noël Duval, sieur de la Lissandrière, Lyon, 1723.

Cet ouvrage n'est pas coupé en livres, c'est une succession de chapitres, mais, ainsi que l'auteur l'indique lui-même au chapitre IX, les matières se suivent dans l'ordre *personæ res, actiones* — Il n'est pas traité des actions

Digitized by Google

à proprement parler, mais bien des droits susceptibles de se transformer en actions, — ces droits sont ceux relatifs aux institutions coutumières, communauté, douaire, donations, successions.

17° *Les règles du droit français* par Pocquet de Livonnière 1730.

Ce livre est surtout un recueil de droit féodal et coutumier. Ce sont les Institutes de Loysel, les maximes de Delhommeau, les arrêtés de Lamoignon, complétés par les ordonnances et les décisions de la jurisprudence. — Il n'y est pas traité des actions, bien qu'elles soient annoncées dans une rubrique accolée aux obligations. Les matières sont tant bien que mal pliées à l'ordre des Institutes et cela a d'autant plus de valeur qu'elles sont moins romaines d'origine.

Il y a cinq livres : le premier est consacré aux personnes, — le second à la différence des biens, — le troisième aux divers modes d'acquérir, successions, donations, testaments, — le quatrième aux contrats, obligations et actions, — le cinquième à des matières spéciales.

18° *Les Institutes de l'empereur Justinien conférées avec le droit français* par Boutaric, 1728.

Ce sont des Institutes de droit français ou plutôt de droit civil pliées à l'ordre des Institutes de Justinien. Cet ordre est toujours scrupuleusement suivi.

19° *Les Institutes du droit français suivant celles de Justinien* par Serres, 1753.

Cet ouvrage donne lieu à la même observation que le précédent.

20° *Systema novum justitiæ naturalis* par Samuel Cocceius, Halle, 1748, in-8°.

L'ouvrage de Cocceius comprend une partie consacrée aux droits des hommes entre eux, *jura hominum inter se*. Ces droits sont classés comme aux Institutes, sauf que Cocceius estime qu'il y a quatre chefs distincts au lieu de trois. Il étudie donc le droit des personnes, le droit des choses, le droit des obligations et le droit des actions.

21° *Le droit commun de la France et de la coutume de Paris* par François Bourjon, 1747-1770.

Cet ouvrage considérable reproduit dans ses grandes lignes la classification des Institutes, personnes, choses, actions, le tout en 6 livres : livre I personnes, livre II à V les biens, livre VI les actions. Mais pour les choses il y a une distribution des matières toute spéciale qui sent bien son jurisconsulte coutumier. Bourjon se place au point de vue d'un bon père de famille qui administre sa fortune. Le livre II traite de la distinction des biens, le livre III a pour rubriques *comment les biens s'acquièrent*, le livre IV *comment les biens se régissent*, le livre V *comment on dispose des biens*.

22° *Introduction à la coutume d'Orléans* de Pothier, 1670.

On retrouve dans cet ouvrage très-bref la division en personnes, choses, actions ; la matière des obligations manque parce que les coutumes ne contenaient pas de règles générales sur les obligations.

Digitized by Google

23° *Corpus juris civilis reconcinnatum, in tres partes distributum*, Eusèbe Beger, Francfort, 1767-68.

Ce sont les textes du *Corpus juris* disposés selon l'ordre des Institutes. Beger avait annoncé son plan dans un programme publié à Francfort et à Leipsig dès 1764.

24° *Principes du droit français suivant les maximes de Bretagne* par Poullain du Parc, 1767.

Cet ouvrage est un de ceux parmi les traités coutumiers qui suivent le mieux l'ordre des Institutes. Il y a six livres, mais le cinquième et le sixième sont consacrés à la procédure civile et criminelle. — Les quatre premiers livres, sauf de petites divergences de détail, suivent les Institutes fidèlement.

25° *Eléments de jurisprudence selon les lois romaines et celles du royaume* par Jean-Joseph Julien, 1785.

Cet ouvrage suit en le corrigeant légèrement l'ordre des Institutes. Ainsi les successions *ab intestat* passent au livre II, les obligations *ex delicto* au livre III, le livre IV renferme aussi beaucoup plus de procédure.

26° *De la réforme des lois civiles* par M. dr Olivier, D. ès D., Paris, 1786.

C'est un pamphlet en vue de la réforme de la législation et de l'enseignement du droit, mais qui renferme un projet de Code civil très-bref, ce projet suit l'ordre des Institutes.

27° *Les projets du Code civil.*

A. Premier projet Cambacérès, 9 août 1793. Ce projet est divisé en 4 livres, les personnes, les biens, les contrats, les actions. Le livre IV des actions n'a absolument que la rubrique, il n'est pas développé.

B. Deuxième projet de Cambacérès, 28 fructidor an II, même division générale que le précédent, mais il n'y a plus que 3 livres, celui des actions a disparu.

C. Troisième projet Cambacérès, 24 prairial an IV, même division que le précédent.

D. Projet Jacqueminot. Ce projet se composait de quelques titres qui n'ont jamais été classés entre eux.

E. Projet de l'an VIII, 24 thermidor.

Au point de vue de la division en livres, ce projet est absolument conforme au texte définitivement adopté, c'est-à-dire qu'il y a un titre préliminaire sur les effets généraux des lois, puis livre I des personnes, livre II des choses, livre III des différentes manières dont on acquiert la propriété.

On voit que tous ces projets reproduisent la série personnes, choses, mais non pas les actions.

8. La liste que nous venons de dresser étant toute chronologique, des œuvres de nature très diverse se trouvent mélangées. Il est bon de faire une sorte de récapitulation méthodique. Nous

Digitized by Google

avons trouvé des ouvrages rédigés sur le plan des Institutes dans trois littératures différentes :

D'abord dans la littérature romaine, tels sont les commentaires de Connan, ceux de Doneau, le *Syntagma* de Grégoire, le *Corpus* de Beger.

Ensuite dans la littérature canonique. Telles sont les Institutes de Lancelot et toutes celles qui en procèdent.

Enfin dans la littérature coutumière, et c'est là que la liste a été la plus longue. Dans cette littérature coutumière il y a non seulement du droit coutumier proprement dit, mais aussi du droit féodal [1].

Ainsi droit romain, droit canon, droit coutumier et féodal, tout a subi le joug des Institutes.

A la vérité il ne faut pas pousser la recherche trop dans le détail. Il n'y a que les Institutes de Pasquier, de Boutaric et de Serres qui reproduisent l'ordre des titres. Dans la plupart des cas nous avons été obligés de nous borner à constater l'existence de la série *personæ, res, actiones.* Si nous avions voulu aller plus loin, nous aurions constaté une diversité infinie. On ne saurait s'en montrer surpris; il y avait bien des matières féodales et coutumières qui ne pouvaient rentrer que difficilement dans les cadres romains, les droits seigneuriaux par exemple et toutes ces institutions de famille, la communauté, le douaire, le retrait. On les plaçait où l'on pouvait, les droits seigneuriaux avec les choses, les institutions de famille tantôt avec le mariage, tantôt avec les contrats, tantôt à part. Il est déjà fort beau que ces matières étrangères au droit romain aient été pliées tant bien que mal aux lignes générales d'une classification toute romaine.

II.

9. La classification des Institutes se retrouve dans le Code civil, mais pas tout entière. Elle a subi des modifications dont il serait intéressant de rechercher la trace dans la littérature intermédiaire.

La plus grosse modification, celle qui saute aux yeux tout de

[1] En revanche dans les traités spéciaux sur le droit féodal, pas un à notre connaissance ne suit l'ordre des Institutes.

Digitized by Google

suite, est la disparition du titre des actions. Voilà une matière qui a fondu entièrement; moitié s'en est allée aux livres des personnes et des choses, moitié au Code de procédure. Une autre matière disparue est celle des délits privés.

Nous ne nous sommes pas arrêtés cependant à l'étude de ces deux faits, ils auraient demandé des développements trop considérables, c'était au fond toute l'histoire de la constitution indépendante de la procédure et du droit criminel. Nous nous sommes attaché à un sujet plus modeste, la place accordée à la matière des obligations. — Aux Institutes les obligations ne sont certainement pas considérées comme des modes d'acquérir, au contraire au Code civil c'est leur rubrique. Comment s'est produite la transformation [1]?

La pensée des Institutes sur la place à donner aux obligations est très incertaine, aussi bien chez Gaïus que chez Justinien. La seule chose assurée, c'est qu'on n'avait point songé à en faire des modes d'acquérir, cela répugnait trop à l'esprit général du droit romain [2]. A part cela il est permis de douter. Matériellement les obligations sont intercalées entre les *res* et les *actiones*, auxquelles des deux faut-il les joindre? A toutes les deux, semble-t-il, D'une part les textes les classent parmi les *res incorporales* [3], d'autre part la tradition les lie aux actions [4]. Nous ne chercherons pas à éclaircir la question, il nous paraît qu'il y a là comme un tiraillement entre deux systèmes, l'un très ancien, l'autre plus nouveau. Nous nous bornerons à rechercher les différentes solutions qui furent données par les commentateurs et par nos anciens auteurs français [5].

10. Trois opinions se produisent à peu près simultanément.

[1] On peut trouver que cette question n'a qu'un intérêt psychologique, mais toute question de classification en est là. C'est surtout celle qui préoccupait Hugo.

[2] V. G. II, 97. — Inst. t. 6, *Per quas personas nobis acquiritur*, II, 9,

[3] Inst. t. 6, *De rebus corp. et incorp*, II, 5.

[4] Le Digeste et le Code qui reproduisent la classification de l'édit, beaucoup plus ancienne que celle des Institutes, rapprochent les actions des obligations dans les rubriques significatives *De obligationibus et actionibus*, D. XLIV, 7. — C. IV, 10

[5] Hugo, *Civilistiche Magazin*. t. IV, p. 2, a dressé des listes bibliographiques qu'il déclare incomplètes et qui le sont en effet.

Digitized by Google

La première, c'est que les obligations appartiennent à la matière des actions; la seconde qu'elles doivent être classées dans les choses incorporelles; la troisième qu'elles doivent être rapprochées des modes d'acquérir parce que si ceux-ci rendent les choses *nôtres*, les obligations font qu'*elles nous sont dues*. L'expression *mode d'acquérir* ne se rencontre pas dès le début, l'idée y est certainement en germe.

Ces trois opinions se sont produites de très bonne heure. Nous les trouvons pour la première fois énumérées dans la *Somme* de Placentinus comme choses connues [1]; la première remonte à Théophile, nous le savons par la paraphrase [2], nous n'avons pu consulter les gloses manuscrites pour chercher l'origine des deux autres.

A partir de Placentinus voici leur fortune.

A. La première a toute la faveur au moyen-âge, elle la perd à partir du XVIe siècle.

L'autorité de Théophile l'emporte d'abord, on répète à l'envi sa formule *obligationes matres sunt actionum*. — C'est la devise de la glose [3] et de tous les vieux interprètes [4]. Du XIIe au XVIe

[1] *Placentini jurisconsulti vetustissimi in summam institutionum*, libri IV, Lyon, 1536, pr. *De oblig.* « Explicavimus illud jus quo quid « sit nostrorum, nunc persequamur jus obligationum quo quid sit nostro- « rum nobis debitum, — Vel aliter Supra in principio primi libri diximus « omne jus quo utimur vel pertinet ad personas, vel res; de his diximus, « vel actiones, de his audiamus. Sed quia actiones nascuntur ex obligatio- « nibus, de his loquamur. Vel aliter diximus supra in secundo titulo se- « cundi libri res incorporales esse usumfructum, usum, servitutes, heredi- « tates, obligationes et de cæteris diximus, itaque de obligationibus rerum « audiamus. »

[2] Théophile, *pr. De obligationibus* : « Nam de obligationibus tractat paulatim taciteque de actionibus tractat quoniam actionum matres sunt obligationes. »

[3] Grande Glose. *Continuatio* de la rubrique *De obligationibus* : « Ter- « tiam juris civilis partem expositurus, de obligationibus unde actiones ceu « ex matre oriuntur, titulum generalem atque deinceps earum species pro- « ponit, quo prælibatis obligationibus naturas actionum maturius adsequa- « mur. »

Continuatio conforme d'Angelus Aretinus, — d'Accurse qui cite à l'appui la L. 42, t. 2, *De procurat.*, D. III, 3.

Corpus juris de Denys Godefroi : Instit. Glose, *De oblig.* : « De personis

[4] Vinnius l'affirme, Institutes, *pr. De actionibus*.

Digitized by Google

siècle, nous ne voyons que Jean Faber et Bartole qui aient rappelé l'existence des autres opinions. Au XVIe siècle, bien qu'abandonnée déjà par beaucoup, elle compte un grand partisan, Cujas [1] et quelques autres moins illustres [2]. Elle est déjà bien tombée dans le discrédit lorsqu'apparaissent les Institutes de droit français. Cependant Loysel, sans s'expliquer expressément, sépare les obligations des choses. Pasquier déclare suivre la pensée même de Justinien [3]. Pocquet de Livonnière en fait la base de la division de ses règles du droit français. Enfin on voit Maleville dans les travaux préparatoires du Code civil dire, pour se

« et rebus dixit, dicturus consequenter de actionibus præmittit tractatum de « obligationibus. Est enim obligatio actionis mater. » Balde (Comment. Instit. pr. *De oblig.*) semble indiquer des gloses en sens contraire. Nous n'en avons pas rencontré.

[1] *Recit. Solem. ad Pandectas ad tit.* VII, lib. XLIV, *De oblig. et act. op. post.*, t. IV, p. 339, édit. Fabrot, Paris, 1658. — Cujas se fait une objection toute naturelle. Les obligations ne peuvent être considérées comme mères des actions qu'en tant qu'il s'agit des actions personnelles; quant aux actions réelles, elles sont engendrées par la possession injuste de l'adversaire, les obligations n'ont, semble-t-il, rien à voir avec elles. Mais à cela il repond :

1° Que cette possession de l'adversaire qui engendre l'action réelle commence par engendrer à la charge du possesseur une sorte d'obligation, si bien que certains textes, par abus de langage, disent que le défendeur à l'action réelle *obligatur* (L. 20, *De evict.*, D. XXI, 2).

2° Que les actions réelles ont fini par admettre la compensation comme les actions personnelles, et la compensation suppose deux dettes, il n'y a donc point tant de différence que cela entre les actions réelles et personnelles.

Si Cujas s'était reporté à une époque plus ancienne, — la confusion des obligations et des actions est le fait de la classification ancienne; — il eût pu trouver une réponse meilleure encore, c'est qu'au fond toutes les actions civiles ont une origine délictuelle, que par conséquent elles procèdent d'une obligation *ex maleficio*. — V. sur cette question de l'origine délictuelle Ihering, *De la faute en droit privé;* — Girard, *De la garantie en cas d'éviction;* — E. Montagnon, *De la nature des condamnations civiles*.

[2] Nous croyons pouvoir citer Beaudoin. — Ferrarius Montanus, *Adnotationes in quatuor institutionum libros*, Paris, 1532. — Nicaise de Wœrda, *Enarrationes in quatuor libros*, Inst., 1549. — l'éditeur du *Brachylogus*, Lyon, 1559. — Un epitome imprimé à Lyon sans date et avec les initiales P. P. divisé en trois livres, le troisième commençant aux obligations.

[3] Institutes. édit. Giraud, p. 517.

Digitized by Google

défendre de ne pas avoir compris dans le projet la matière des actions, que celle-ci est implicitement renfermée dans la matière des obligations parce que les obligations sont mères des actions [1]. C'était après douze cents ans le mot de Théophile, mais depuis deux siècles déjà le mot n'avait plus d'écho.

B. La seconde opinion, celle qui range les obligations parmi les *res incorporales*, paraît soutenue pour la première fois au début du XIVe siècle par Jean Faber dans son commentaire sur les Institutes. Faber énumère les trois systèmes, mais c'est bien à celui-là qu'il donne la préférence [2]. Il faut citer ensuite Eguinaire Baron, Doneau, Giphanius [3], J. Bucherellus [4], Vinnius, Claude Colombet [5], Lorry, et sans doute beaucoup d'auteurs secondaires. Cette opinion a eu son heure de succès parmi les romanistes, mais chose remarquable elle n'a pas entraîné les auteurs coutumiers. Ceux-ci devaient réserver pour la troisième toutes leurs prédilections.

C. Nous trouvons le troisième système dans Placentin qui lui accorde certainement la préférence, car il le met en vedette [6]. Les décrétales des papes ont aussi contribué à le propager aux XIIIe et XIVe siècles. Ce sont elles, semble-t-il, qui ont créé l'expression *jus ad rem* appliquée aux droits de créance et cette expression suppose que le droit de créance est considéré comme un moyen d'arriver à la chose, comme un acheminement vers l'acquisition [7]. Cette expression *jus ad rem* a été fort employée par un grand nombre d'auteurs secondaires dont nous eussions voulu donner la liste, malheureusement les documents nous ont man-

[1] Analyse raisonnée, I, p. 2 et 3.

[2] Instit. pr. *De obligat. et pr. De rebus corpor. et incorpor.*

[3] *Œconomia juris.*

[4] Jacobus Bucherellus, Institutes, Paris, 1575, in-8°.

[5] *Abrégé de la jurisprudence romaine*, Paris, 1663.

[6] « Explicavimus illud jus quo quid sit nostrorum, nunc persequamur jus obligationum quo quid sit nostrorum nobis debitum. » Instit. pr. *de oblig.*

[7] « Jus vero quod secundo *ad* præbendam non *in* præbenda competebat. » Sexti decret. 3, 4, 40, Boniface VIII, XIIIe siècle. — « Vel aliorum quorumcumque beneficiorum in quibus jus non esset quæsitum *in re*, licet *ad rem.* » Sexti decret. 3, 7, 8. Boniface VIII. — « *Jus ad rem* expectantibus « dicta beneficia. » Extravag. Johan. XXII, 4, 1. XIVe siècle.

Digitized by Google

qué. Elle est vivement critiquée au XVIIIe siècle par Cocceius, qui blâme les *auteurs récents* de l'admettre et la déclare barbare et inconnue des Romains. Cocceius avait raison, l'expression n'était pas romaine, l'idée non plus. Cela prouvait tout simplement que l'idée se transformait.

Hotman au XVIe siècle adopte le système nouveau et emploie à plusieurs reprises l'expression *modus adquirendi* [1].

Pacius l'adopte aussi au XVIIe siècle [2], Heineccius au XVIIIe [3].

Mais c'est incontestablement avec les auteurs coutumiers que commence sa grande vogue, à partir du XVIe siècle.

Charondas dit : « Le droit de chacun consiste non seulement ès choses qu'il possède, mais aussi ès celles qui lui sont dues » [4] et il se recommande de fragments du Digeste dans lesquels le résultat des actions personnelles est caractérisé de la façon suivante : *suum* recipere, *suum* consequi, ad *suum* pervenire [5].

Claude de Ferrières tient le même langage : « Dans le traité des choses nous expliquerons les moyens de les acquérir et les obligations qui sont les moyens par lesquels les choses nous sont dues [6]. » En effet il place les obligations dans la section des choses.

Argou annonce déjà les trois divisions du Code civil, les personnes, les choses, les modes d'acquérir, et bien qu'il fasse quatre livres sous l'influence du souvenir des Institutes, il range les obligations parmi les modes d'acquérir [7].

Enfin Poullain du Parc annonce la même division qu'Argou et classe de la même façon les obligations [8].

[1] Hotman. Comment. Instit., *De jure nat.* et *De oblig.*

[2] Pacius, *Œconomia juris*, Lyon, 1616.

[3] Heineccius, *Eléments de droit civil.* C'est à tort que Hugo compte Heineccius parmi ceux qui ont placé les obligations parmi les choses incorporelles, il les place dans les *res* mais à titre de *jus ad rem.*

[4] *Pandectes du droit français.* Livre II, ch. 24, des conventions.

[5] *Suum recipere*, L. 44, *C. indebiti*, D. XII, 6. — L. 6 § 6, *Quæ in fraudem credit.*, D. XLII, 8. — *Suum consequi*, L. 52 § 10, *Pro socio*, D. XLII, 2. — *Ad suum pervenire*, L. 1, *De eo quod certo loco*, D. XIII, 4.

[6] *Nouveau Praticien*, édit. 1681, p. 65.

[7] *Institution au droit français*, 1692. — Du reste il ne traite pas du tout des actions.

[8] Poullain du Parc, *Principes du droit français*, « La voie la plus

Digitized by Google

C'est sans doute dans Argou et Poullain du Parc que les rédacteurs du Code de 1804 ont puisé leur classification. Il est bon de remarquer à ce sujet que jusqu'au projet de l'an VIII, ils se bornaient à mettre les obligations à part. Cependant le premier projet de Cambacérès reconnaît implicitement que ce sont des modes d'acquérir [1].

A quoi tient le succès définitif du troisième système? Pourquoi les obligations ont-elles été classées parmi les modes d'acquérir la propriété, bien que ce fût contraire à la tradition romaine? On peut en donner une première raison un peu vague : l'importance énorme de la propriété au moyen-âge. Tout converge vers la propriété, les obligations n'ont de valeur qu'en tant qu'elles y conduisent, alors même que ce n'est qu'indirectement. Il y a peut-être une autre raison plus topique, c'est la transformation qui se produit dans notre ancienne jurisprudence au sujet des effets de l'obligation de donner. A mesure qu'on avance, cette obligation conduit à la propriété beaucoup plus directement qu'en droit romain. Les art. 711 et 1136, qui sont le terme de l'évolution déclarent que la propriété s'acquiert par l'effet des obligations. Ce n'est pas un vain mot, réellement l'obligation de donner qui autrefois conduisait simplement à une tradition, transfère aujourd'hui par elle-même la propriété, cela parce que la tradition réelle a été remplacée par des clauses de dessaisine-saisine, bientôt devenues de style. Assurément toutes les obligations ne transfèrent pas immédiatement la propriété parce que toutes ne sont pas des obligations de donner, mais il paraît difficile que le changement qui s'est produit dans les effets de l'obligation de donner n'ait pas influé sur la manière d'envisager toutes les obligations.

étendue pour acquérir est celle des contrats soit à titre lucratif, soit à titre onéreux. » Oblig., ch. III, liv. III, n° 4.

Des auteurs considérables comme Lamoignon, Bourjon, Pothier n'ont pu être cités au sujet de cette place à donner aux obligations, ils n'ont eu à classer que des matières purement coutumières et les obligations n'y figuraient pas.

[1] Cela résulte de deux rubriques : Des manières d'acquérir les biens indépendamment des obligations, liv. II, tit. III. — Des obligations considérées comme moyen d'acquérir, liv. III, tit. II.

Digitized by Google

Il y a dans tous les cas, entre le mouvement qui pousse à ranger les obligations parmi les modes d'acquérir et celui qui pousse à considérer l'obligation de donner comme transférant par elle-même la propriété, un parallélisme, qui ne saurait être négligé. M. HAURIOU.

EXAMEN D'UNE INTERPRÉTATION DE L'ARTICLE 900 DU CODE CIVIL,

Par M. Ch. Chobert, ancien agrégé à la Faculté de droit de Nancy,
Professeur à la Faculté libre de droit de Paris.

I. L'art. 900 du Code civil décide que : « Dans toute disposition entre-vifs ou testamentaire, les conditions impossibles, « celles qui seront contraires aux lois ou aux mœurs, seront réputées non écrites. »

Ce texte a soulevé deux difficultés principales :

Quel est le sort des donations entre-vifs ou par testament, faites sous des conditions contraires aux lois ou aux mœurs ?

Quelles conditions doivent être regardées comme contraires aux lois ou aux mœurs ?

Notre intention est d'étudier principalement les différentes opinions qui se sont produites sur ce dernier point ; néanmoins il ne sera pas sans intérêt ni sans profit, même au point de vue de cette étude, d'exposer d'abord brièvement quel est l'état actuel de la doctrine et de la jurisprudence, touchant la première des deux questions que nous venons d'indiquer.

II. D'après une première opinion, l'art. 900, C. civ., maintiendrait toujours, sans aucune distinction possible, la donation elle-même, tout en prononçant la nullité des conditions contraires aux lois ou aux mœurs ; ces conditions étant *toujours* réputées non écrites, la donation doit toujours produire son effet, comme le ferait une donation pure et simple.

Le donateur ou le testateur qui a introduit dans sa libéralité une condition de cette nature s'est insurgé contre la loi : il doit être puni de cette rébellion ; or, effacer la condition tout en maintenant la libéralité elle-même, « c'était le seul moyen efficace d'ôter au donataire tout intérêt à se conformer à la volonté

Digitized by Google

illicite du donateur. » (Demante, *Cours analyt.* t. IV, 16 *bis*, p. 34).

En vain le disposant aurait-il déclaré son intention d'annuler la donation ou le testament pour le cas où la condition ne serait pas accomplie : plus il a mis d'insistance à assurer l'exécution de ses vues illicites ou immorales, plus sa révolte s'est accentuée ; plus il est nécessaire, par conséquent, de déjouer ses calculs : et fût-il même prouvé que la condition a été la cause déterminante de la libéralité, de telle sorte que certainement celle-ci n'aurait pas été faite si le disposant avait prévu que la clause relative à la condition ne serait pas observée, l'art. 900 ne devrait pas moins être appliqué : la manière dont il est rédigé interdit toute distinction, toute atténuation : la loi, en vertu de sa toute puissance, et en vue d'assurer le respect des intérêts d'ordre politique et social dont elle a la garde, écarte la volonté du donateur et prononce, s'il le faut, contre lui une sorte de confiscation. « C'est une espèce de peine que le pouvoir social lui impose, et « il n'y en a pas de plus légitime [1]. »

Cette interprétation s'appuie sur différents documents législatifs de l'époque intermédiaire, particulièrement sur une loi du 5 septembre 1791 [2] que nous devrons étudier avec soin dans la seconde partie de ce travail.

III. Une deuxième opinion, consacrée par la jurisprudence, et admise par presque tous les commentateurs, refuse d'accepter un système « aussi violent, aussi radical, aussi contraire aux principes purs » (M. Labbé, note dans Sirey, 1884, I, p. 303 et suiv.), et concilie notre texte avec le respect que le législateur doit tou-

[1] M. Laurent. *Principes de droit civil*, t. XI, n° 263.

[2] MM. Laurent, l. c.; Ronjat, avocat-général à la Cour de cassation, conclusions publiées dans le *Recueil de Sirey*, 1884, I pp. 308 suiv.

M. Laurent, après avoir constaté que l'art. 900 Code civil « méconnait la volonté du testateur en effaçant la condition tout en maintenant le legs, » (Avant-projet de révision du Code civil, t. III, p. 297) applique cette « peine » au cas seulement où la libéralité s'adresse à des fondations d'utilité publique ; dans tous les autres cas, il prononce la nullité de la libéralité elle-même (V. art. 774 de l'avant-projet).

Les raisons données par l'auteur à l'appui de cette distinction ne nous paraissent nullement la justifier.

Digitized by Google

jours avoir pour la volonté des individus, lorsqu'il le peut sans qu'aucune atteinte soit portée aux bonnes mœurs ou aux lois.

D'après la Cour de cassation, les termes clairs et précis de l'art. 900 ne permettent pas de faire exception à cette disposition, même dans le cas où l'auteur de la libéralité aurait déclaré en subordonner l'effet à l'accomplissement de la condition qu'il y a mise : une semblable volonté, se trouvant en opposition directe avec la loi, ne peut recevoir exécution. Mais, dans le même arrêt, la Cour, confirmant sa jurisprudence antérieure, décide que si la condition illicite était reconnue, en fait, avoir été la cause déterminante et le but de la disposition, l'absence d'une cause licite ôterait alors tout effet à la donation [1].

IV. Enfin M. Demolombe (*Donations*, I, nos 207-208) et Bertauld, *Questions pratiques et doctrinales*, II, p. 233) vont beaucoup plus loin. « L'art. 900 n'est pas un texte impératif : c'est un texte purement interprétatif. Il présume que dans la donation le donateur a voulu surtout et avant tout être libéral, qu'il n'a pas subordonné la libéralité à l'accomplissement de conditions que la loi ou l'ordre public interdit d'accomplir. On suppose que le donateur s'est trompé sur le caractère des conditions d'une exécution matériellement ou moralement impossible, et que, sans son erreur ou son illusion, il eût affranchi sa donation des conditions auxquelles la loi fait obstacle. » (M. Bertauld, l. c). D'où il résulte que si l'on peut établir qu'au contraire le donateur eût préféré anéantir la donation elle-même plutôt que de consentir à ce que la condition fût seule écartée, sa volonté devra être suivie, et l'acte tout entier sera nul [2].

V. Il est aisé de comprendre à quel point sont différents les résultats pratiques auxquels on serait conduit, suivant que l'on adopterait l'une ou l'autre de ces trois opinions, lorsqu'il s'agirait de se prononcer sur le sort des libéralités faites sous des

[1] Cass. rej. 17 juillet 1883, S. D. 84. I. 305 suiv. — « Cette thèse est exacte au point de vue rationnel et philosophique » disait M. l'avocat-général Ronjat dans les conclusions à la suite desquelles a été rendu cet arrêt.

[2] On consultera avec fruit la savante note (sur l'arrêt de 1883) dans laquelle M. Labbé fait l'exposé comparatif des trois opinions, dont nous n'avons pu présenter qu'un résumé très succinct. Adde *Revue Critique*, 1884, pp. 642 et 643.

Digitized by Google

conditions contraires aux lois ou aux mœurs. Cet examen nous ferait sortir du cadre que nous nous sommes tracé ; remarquons-le seulement : ce simple exposé nous permet de saisir toute la portée de la question que nous devons spécialement étudier : plus en effet est profond le dissentiment auquel donne lieu, sur ce premier point, l'interprétation de notre texte, plus rigoureux est le sens que plusieurs attachent à cet article, plus aussi il est important de rechercher avec précision quelles sont les donations auxquelles cette disposition s'applique, en d'autres termes de définir avec exactitude ce qu'il faut entendre par ces « conditions contraires aux lois et aux mœurs, » dont par l'art. 900, C. c.

VI. Quelques auteurs ont cru trouver la réponse à cette question dans la loi du 5 septembre 1791 (voir le texte p. 397) ; mais les partisans de cette opinion ne la défendent pas tous de la même manière : l'un d'entre eux, M. Laurent, soutient que la loi de 1791 est encore en vigueur ; les autres, au contraire, reconnaissent que cette loi a été abrogée, mais ajoutent qu'elle doit tout au moins servir à l'interprétation de l'art. 900, C c., dont elle révèle le sens et précise la portée.

Ni l'un ni l'autre de ces points de vue ne nous paraît devoir être adopté.

Lorsqu'il enseigne que la loi de 1791 est encore en vigueur, M. Laurent applique à notre matière une théorie générale, d'après laquelle la loi du 30 ventôse an XII n'abroge pas les lois dites intermédiaires. L'art. 7 de cette loi de l'an XII décide qu'à compter « du jour où ces lois (c'est-à-dire les 36 lois dont se compose le Code civil en y ajoutant l'art. 3 de la loi de ventôse elle-même) sont exécutoires, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les réglements cessent d'avoir force de loi générale ou particulière dans les matières qui sont l'objet desdites lois composant le présent Code. »

Or, fait observer M. Laurent, les lois et décrets de l'époque révolutionnaire ne sont pas, on le voit, compris dans cette énumération, et on le comprend : ce à quoi a voulu mettre fin le législateur de l'an XII, c'est à la diversité presque infinie de l'ancien droit ; il a tenu à assurer à la France le bienfait d'une législation uniforme, s'étendant et s'appliquant à toutes les par-

Digitized by Google

ties du territoire : or ce caractère de généralité est précisément l'un de ceux que l'on remarque dans les lois édictées depuis 1789; ces lois « forment un droit général : il n'était donc pas nécessaire de les abroger en masse : les principes ordinaires sur l'abrogation suffisaient. De là suit que ces lois ne sont abrogées que si elles sont contraires à une disposition du Code. » (*Principes*, t. I, nº 27, p. 39.)

VII. Toute différente et plus large a été, ce nous semble, la pensée des auteurs de la loi de l'an XII. Sans doute, ils voulaient établir l'unité de législation, mais tel n'était pas leur unique but, autrement on ne comprendrait pas qu'ils aient abrogé les grandes ordonnances sur les donations, les testaments, qui s'appliquaient à toute l'étendue du territoire français; non, leur préoccupation s'étendait plus loin. Ils voulaient, avec la même énergie, que leur œuvre se suffît à elle-même, en résumant il est vrai ce qui, dans les lois antérieures, leur semblait mériter d'être conservé, mais en éliminant aussi toutes celles qui étaient contraires aux principes juridiques, aux sentiments, à l'esprit de modération qui présidaient à leurs travaux. — Il ne pouvait leur convenir d'admettre qu'il fallût « chercher dans les lois antérieures une sorte de complément législatif » (M. Labbé, l. c.), ni de laisser, en particulier, survivre à une refonte générale de nos lois des dispositions toutes de circonstances, et qui devaient disparaître avec les événements qui leur avaient donné naissance.

Que telles aient été les préoccupations des auteurs de la loi du 30 ventôse an XII, il suffit pour s'en convaincre de se reporter à l'exposé des motifs qui fut rédigé par Portalis, ainsi qu'au « discours préliminaire » présenté aussi par Portalis, au nom de la commission nommée pour préparer le projet de Code civil : si nous ne nous faisons illusion les extraits qu'on lira plus loin (p. 406) ne peuvent laisser place à aucun doute.

Ajoutons que, par la force même des choses, le droit intermédiaire était essentiellement transitoire : comme l'écrivait très-exactement M. Demante (*Cours anal.*, t. I, introd., nº 40), sur les matières qui font l'objet du Code civil, « le droit intermédiaire n'a eu pour objet que de régler l'*intérim* jusqu'à la promulgation

Digitized by Google

de ce Code, attendu de jour en jour : il n'a pu, par conséquent, survivre à sa promulgation. »

VIII. Ces observations s'appliquent avec une exactitude toute particulière à la loi du 5 septembre 1791.

Rappelons, en effet, dans quelles circonstances elle a été votée.

L'Assemblée constituante avait eu la pensée de faire une loi sur la transmission des biens : trois de ses membres lui avaient même présenté un projet sur les successions, les donations et les testaments, mais elle comprit que, sa dissolution étant imminente, elle ne pourrait, faute de temps, le discuter; elle en réserva donc l'examen à la législature suivante; mais Barère proposa d'en détacher un article (titre 2 art. 32) dont voici le texte : « Toute clause impérative au prohibitive qui serait contraire aux lois ou aux bonnes mœurs, qui porterait atteinte à la liberté religieuse du donataire, héritier ou légataire, qui gênerait la liberté qu'il a, soit de se marier même avec telle personne, soit d'embrasser tel état, emploi ou profession, ou qui tendrait a le détourner de remplir les devoirs imposés ou d'exercer les fonctions déférées par la Constitution aux citoyens actifs et éligibles, est réputée non écrite. »

La motion d'ordre, à la suite de laquelle fut voté cet article, en indique clairement le caractère. « Cet article, disait Barère, est réclamé par la Constitution, par la nécessité d'assurer ses maximes et d'affirmer son esprit. C'est le moyen d'arrêter les effets malheureux de l'intolérance civile et religieuse..... Autrement, les lois de la nature et de la constitution seront violées impunément; la haine de la Révolution se cachera sous la forme du respect de la volonté des mourants ou de la générosité du donateur; des mariages seront empêchés, les mœurs seront altérées..... L'aristocrate, l'intolérant et l'ennemi des principes de notre constitution commanderont encore dans le tombeau..... C'est à vous de faire cesser une contradiction aussi violente entre les lois politiques et les lois civiles, entre les volontés particulières et la volonté générale. La constitution seule doit triompher[1]. »

La loi de 1791 étudiée dans son ensemble, et dans la pensée qui l'a inspirée, est donc, dans toute la force du terme, une loi

[1] Rapporté par Merlin, *Questions de droit*, v° *Condition*, § 1.

Digitized by Google

politique : elle est, à ce titre, nous le verrons, l'une de celles que le législateur de 1803 s'est refusé à emprunter au droit intermédiaire.

Qu'on le remarque, de plus : l'art 32 est détaché du projet duquel devait sortir, sauf quelques modifications, la loi du 17 nivôse an II : or cette dernière loi n'était qu'une partie de ce vaste travail de codification, réclamé par un grand nombre de cahiers de 1789, et que ni l'Assemblée constituante ni la Convention ne devaient mener à bonne fin.

Le législateur de 1803 l'entreprit à son tour : dans cet ensemble de lois qui embrassaient tout le droit civil, il régla jusque dans leurs détails, ces importantes matières des successions *ab intestat*, des donations entre-vifs et des testaments, et, sur des points de la plus haute importance, il s'inspira de principes tout différents de ceux qui avaient guidé ses prédécesseurs de l'époque intermédiaire. Pourrait-on comprendre dès lors que ce législateur ait pu voir dans la loi de l'an II autre chose qu'une de ces lois interimaires dont parlait Demante, et qu'il ait accepté la pensée qu'on y pourrait chercher le complément de son œuvre ? Et ne s'explique-t-on pas très bien qu'il n'ait pas jugé utile d'abroger expressément ce que l'apparition du Code civil devait faire disparaître par la force même des choses ?

IX. Certains auteurs, nous l'avons dit, sans invoquer la doctrine absolue d'après laquelle les lois et décrets de l'époque intermédiaire n'ont pas été abrogés par la loi de l'an XII, soutiennent du moins que la loi de 1791 doit encore être appliquée en ce sens qu'elle doit servir à interpréter l'art. 900, C. civ. D'après eux, ces deux textes ne seraient en réalité qu'une seule et même disposition : l'un, plus bref, « supprime une énumération que l'énoncé seul du principe rendait inutile », puisque l'autre fournissait de ce principe le commentaire indispensable, le seul qui puisse être accepté.

X. Un rapide aperçu des précédents historiques est ici nécessaire.

De bonne heure, la législation romaine avait réputé non écrites, dans les institutions d'héritiers, les conditions physiquement impossibles, celles qui étaient prohibées par les lois ou par les

Digitized by Google

bonnes mœurs. Cette règle s'expliquait par l'extrême importance qu'attachaient les Romains à avoir un héritier, continuateur de leur personne et de leur culte domestique. Lorsqu'un testateur avait inséré, dans l'acte contenant ses dernières volontés, une condition impossible, immorale ou illicite, les jurisconsultes crurent respecter ses intentions en faisant disparaître cette condition, qui, dans sa pensée, n'était qu'un accessoire, pour maintenir seulement l'institution d'héritier.

Plus tard, cette règle exceptionnelle fut étendue aux legs, aux fidéicommis et aux affranchissement, en considération de la faveur due aux dispositions testamentaires et à la liberté. Cependant, les Proculiens opposèrent une vive résistance, et, lorsqu'elle eut été admise, Gaïus lui-même, quoiqu'il appartînt à l'école sabinienne, déclarait qu'il était bien difficile de la justifier : « *et sane vix idonea ratio reddi potest.* » (III, § 98).

Quant aux libéralités entre-vifs, affectées de conditions contraires aux lois ou aux bonnes mœurs, à toute époque elles furent déclarées nulles.

L ancien droit français conserva cette distinction entre les donations entre-vifs et les testaments.

Le droit intermédiaire, au contraire, soumit à la même règle les deux espèces de libéralités : l'intention de la constituante, en faisant cette réforme, apparaît trop clairement dans la motion d'ordre de Barère, citée plus haut, pour qu'il soit nécessaire d'y insister.

XI. Ayant à choisir entre des précédents si divers, qu'ont fait les auteurs de l'art. 900?

S'ils eussent voulu, dit-on, se rattacher à la tradition romaine, ils eussent reproduit la distinction qu'elle faisait; tout au contraire, ils consacrent l'assimilation inaugurée par la loi de 1791, assimilation qui ne peut s'expliquer en aucune façon si on ne se reporte pas aux préoccupations d'ordre politique et social qui l'ont fait admettre à cette époque.

La pensée des auteurs du Code civil est donc bien certaine : écarter les décisions du droit romain et de l'ancien droit français, qui n'avaient plus aucune raison d'être, et reprendre pour le compte de la législation nouvelle une décision qui s'inspire de

Digitized by Google

principes tout différents, de la volonté de défendre l'ordre nouveau, et de réprimer toute tentative ayant pour but d'y porter atteinte.

Lisez, ajoute-t-on, le texte même de l'art. 900, C. civ. : comparez-le à celui de l'art. 1172, C. civ. : tandis que celui-ci parle de conditions contraires *aux bonnes mœurs*, l'art. 900 vise les conditions contraires *aux mœurs* : or c'est précisément l'expression employée dans la motion d'ordre de Barère : est-il possible, dès lors, de conserver le moindre doute sur le sens de l'art. 900? Évidemment, « l'art. 900, C. civ., parle non pas des conditions contraires *aux bonnes mœurs*, mais, ce qui est bien différent, des conditions contraires *aux mœurs*, c'est-à-dire aux *mœurs politiques actuelles*, telles que les ont faites les idées et les principes politiques qui avaient triomphé en 1789 [1]. »

XII. S'il était exact, répondrons-nous, que le législateur eût voulu parler uniquement des conditions « contraires à l'état social et à l'organisation politique », il eût fait une œuvre profondément immorale, car il eût laissé passer sans les prohiber les conditions contraires à la loi morale, conditions que toutes les législations antérieures n'avaient pas manqué de condamner [2].

Que, dans la précipitation avec laquelle a été votée la loi de 1791, les membres de l'Assemblée constituante n'aient pas aperçu cette conséquence de la décision qu'on leur prête, on pourrait le concevoir à la rigueur; mais on ne saurait admettre que le législateur de 1803 ait à son tour commis une semblable erreur.

L'argumentation que nous venons de résumer, et qui conduirait à attribuer à l'expression « condition contraire *aux mœurs* » le sens que l'on vient de voir, repose en grande partie sur le rapprochement du texte de l'art. 900 avec celui de la motion de Barère : or la simple lecture de ce document ne suffirait elle pas, à trancher la question? On pourrait le penser. Il est bien vrai,

[1] MM. Huc, *le Code civil italien*, p. 223; Merignhac, note insérée dans Dalloz, 1884, II, pp. 121-123.

[2] M. Huc échappe à cette critique, car il prononce également la nullité des donations faites sous des conditions contraires à la *morale générale*, aux *mœurs honnêtes*. Mais cette décision nous paraît en évidente contradiction avec le caractère que le savant auteur attribue à loi de 1791.

Digitized by Google

Barère prévoit que « *les mœurs* seront altérées », mais que veut-il dire par là? La phrase qui précède immédiatement l'indique avec clarté : « des mariages seront empêchés », voilà pourquoi : « *les mœurs* seront altérées; » cette expression « *les mœurs* » reprendrait sa signification plus de quinze fois séculaire, elle désignerait « ce que les bonnes mœurs ne souffrent pas » (Ricard, *Donations*); et si l'on pouvait douter encore que telle fût la pensée des auteurs de la loi de 1791, il suffirait de consulter le ex te même, qui porte expressément : « Toute clause qui serait contraire aux lois ou aux *bonnes mœurs*..... est réputée non écrite [1]. »

Si l'on admet ce raisonnement, on peut conclure que l'emploi des expressions : « Condition contraire aux mœurs » dans l'article 900, C. c., n'autorise pas à attribuer à ce texte le caractère d'une loi d'ordre social et politique, caractère qu'il emprunterait nécessairement à la loi de 1791.

Il ne serait pas téméraire, on le voit, de soutenir que la loi de 1791 a eu en vue deux sortes de conditions de nature très-différente. Les unes, énumérées dans la première partie du texte, qui auraient tendu à combattre, à renverser même l'ordre social nouveau; les autres, désignées principalement par les expressions qué nous venons d'expliquer, et qu'avaient rappelées à Merlin et à ses collaborateurs leur science et leurs souvenirs juridiques : ce sont les conditions dont le caractère était défini par la tradition ininterrompue du droit romain et de l'ancien droit français.

Les auteurs du Code civil, en condamnant, dans l'art. 900 les « conditions contraires aux mœurs », auraient écarté la solution de la loi de 1791 en ce qui concerne les conditions de la première catégorie; quant aux conditions « contraires aux bonnes mœurs », ils donneraient la même décision que cette loi, soit qu'ils

[1] Nous n'ignorons pas que la loi du 17 nivôse an II, art. 12 parle, de clause contraire *aux mœurs;* mais ce texte loin de pouvoir être invoqué contre notre opinion, prouve au contraire que, pour le législateur de l'époque intermédiaire, les expressions *les mœurs*, les *bonnes mœurs* étaient synonymes. Il est certain en effet, de l'aveu de tous, que la loi de l'an II n'a eu nullement pour but de corriger sur ce point la loi de 1791, mais d'attribuer à celle-ci un effet rétroactif.

Digitized by Google

aient entendu la lui emprunter, soit qu'ils se soient uniquement inspirés de cette tradition constante que nous avons rappelée.

XIII. Nous n'insistons pas, du reste, sur cet aperçu, quelle qu'en soit la valeur, et, pour simplifier la discussion, nous admettons que la loi de 1791 a, d'une manière absolue sans qu'on puisse distinguer entre ses diverses dispositions, le caractère d'une loi d'ordre social et politique.

La question étant ainsi posée, demandons-nous si la preuve du rapport si étroit que l'on veut établir entre l'art. 900, C. c. et la loi de 1791 ne résulte pas du moins de ce que, à la différence du droit romain et de l'ancien droit français, l'art. 900, C. c., comme la loi de 1791, soumet à la même règle les donations entre-vifs et les testaments.

Nous ne le pensons pas. La distinction établie par le droit romain entre les testaments et les donations entre vifs s'expliquait par la faveur tout exceptionnelle dont on entourait les actes de dernière volonté, particulièrement à raison du désir si vif chez les Romains de ne pas mourir intestats. Depuis bien longtemps, en 1803, ces préoccupations avaient cessé d'exister : la distinction entre les deux espèces de libéralités n'avait donc plus sa raison d'être que dans des souvenirs historiques : la conserver eût été un pur anachronisme. Les auteurs de l'art. 900 ont-ils été bien inspirés lorsqu'ils ont adopté la solution relatée dans ce texte? N'eussent-ils pas mieux fait d'appliquer à tous les actes, qu'ils fussent à titre gratuit ou à titre onéreux, la règle de l'art. 1172? C'est à coup sûr une question sur laquelle les meilleurs esprits peuvent différer d'avis; mais ce qui est incontestable, c'est que les auteurs de l'art. 900 ont sagement fait d'écarter une distinction, entre les différentes espèces de libéralités, que rien ne pouvait justifier, et ils l'ont pu faire sans qu'on puisse en conclure qu'ils ont voulu reproduire sinon dans son texte, au moins dans son esprit, la loi de 1791.

Nous irons plus loin : non seulement l'art. 900 peut s'expliquer sans qu'on y voie une disposition identique à celle de la loi du 5 septembre, mais encore le texte même de l'art. 900, est, si nous ne nous trompons, en opposition directe avec la thèse que nous combattons.

Digitized by Google

La règle d'après laquelle certaines conditions seraient réputées non écrites s'applique en effet, aux termes de l'art. 900, non-seulement aux conditions contraires aux lois ou aux mœurs, mais aussi aux conditions *impossibles*.

La loi de 1791 ne contenait rien de semblable, et on le conçoit à merveille : que pour assurer le triomphe des idées nouvelles on ait, à cette époque, tenu pour non avenues les conditions qui leur étaient contraires, rien de plus naturel; mais appliquer la même théorie aux conditions impossibles aurait été absolument dénué de sens, car il n'y aurait eu aucun rapport entre la prohibition ainsi étendue et l'idée qui l'inspirait. Si donc, en 1803, on a compris dans une même disposition et frappé de la même nullité, les conditions impossibles et les conditions illicites ou immorales, c'est que la pensée qui guidait alors le législateur était étrangère, pour ne rien dire de plus, aux vues qui dominaient en 1791.

XIV. La doctrine qui maintient, dans la législation actuelle, la loi du 5 septembre a, de plus, pour résultat d'attribuer une nature différente aux conditions prévues par l'art. 900, et, à celles dont parle l'art. 1172 C, c., en matière d'obligations.

Cette différence répond-elle à la pensée du législateur? celui-ci l'a-t-il voulue? — Nous avons sur ce point le témoignage de Malleville, membre et secrétaire de la commission chargée de préparer le projet du Code civil, et de Bigot Préameneu, membre de la même commission, et qui plus tard fut l'auteur de l'exposé des motifs des donations, auquel appartient l'art. 900, et du titre des obligations, dans lequel se trouve l'art. 1172.

Voici ce qu'écrit Malleville dans son « Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'État » (II, p. 363). « On a prétendu que, quant aux dispositions entre-vifs, il y avait antinomie entre cet article (art. 900), et le 1172, qui dit que toute condition d'une chose impossible, ou contraire aux bonnes mœurs, ou prohibée par la loi, est nulle et rend nulle la convention qui en dépend; dans l'article actuel (art. 900) au contraire, la condition est regardée comme non écrite, et ne vicie pas la disposition. Il n'y a pas d'antinomie, parce que l'art. 1172 parle des conventions en général, et que notre article ne parle que des

Digitized by Google

dispositions entre-vifs ou testamentaires : il est seulement l'exception de l'autre, et chacun peut être exécuté. » (Adde, Exposé des motifs du titre des obligations, Fenet, XIII, p. 240)

Ce sont donc bien les mêmes conditions qu'ont en vue les art. 900 et 1172, et comme aucune contestation, aucun doute ne s'élève sur le sens de ce dernier texte, nous sommes dès à présent autorisés à affirmer que ces mêmes conditions « contraires aux mœurs » dont parle l'art. 900 ne sont autres que les conditions réprouvées par les bonnes mœurs, par la loi morale, et non pas ces conditions contraires aux mœurs politiques et sociales qu'aurait eu en vue le droit intermédiaire [1].

XV. A ces diverses raisons, les partisans de l'opinion que nous combattons opposent la volonté, certaine à leur avis, du législateur de 1803.

L'esprit qui animait les auteurs de la loi de 1791 n'est pas douteux, dit-on : ils avaient « édicté une règle dont la portée politique est clairement établie. » Qu'a-t-on fait en 1803? Il paraît démontré d'une manière inconstestable que l'art. 900 a été inspiré par les lois de la Révolution.... On se rend très bien compte que les décrets de la Révolution ont purement et simplement passé, avec leurs *termes* et leur *esprit* dans l'art. 900. Les préoccupations politiques étaient les mêmes en 1804 qu'en 1791. Aux deux époques, l'ordre social nouveau était aussi peu solidement assis, et il fallait le protéger par des lois rigides ou des sanctions impérieuses (G. Merignhac, l. c.). Il n'est pas admissible que les auteurs du Code civil aient voulu modifier l'esprit de la législation intermédiaire, respecter, mieux que par le passé, la volonté du disposant. » (Ronjat, l. c.).

XVI. Nous savons ce qu'il faut penser des *termes* mêmes de l'art. 900 : voyons maintenant dans quel *esprit* il a été rédigé.

Il nous paraît certain que le législateur de 1803 n'a pas entendu reproduire, comme on le prétend, les lois révolutionnaires. Pour prendre des exemples qui se rapportent directement à l'ob-

[1] M. Laurent (avant-projet) applique également les mêmes règles aux actes à titre onéreux ou aux actes à titre gratuit, en ce qui concerne les conditions illicites ou immorales. Ce système donne à notre étude un intérêt et une importance plus grands encore.

Digitized by Google

jet de cette étude, nous demanderons si le Code civil a reproduit les principes de la loi du 17 nivôse an II (loi dont, on se le rappelle, celle de 1791 n'était qu'un fragment détaché par avance, pour lui donner hâtivement force de loi)? Cette loi de l'an II admettait la représentation à l'infini, même en ligne collatérale, afin de favoriser ceux qui, étant plus jeunes, étaient moins attachés aux traditions du passé, et accepteraient plus volontiers le nouvel ordre de choses : le Code civil n'admet au contraire la représentation en ligne collatérale qu'au profit des descendants de frères et sœurs (art. 742). Une loi du 12 brumaire an II — antérieure par conséquent de 2 mois à la loi de nivôse, et non abrogée par elle — accordait aux enfants naturels « les mêmes droits de succession qu'aux autres enfants » (art. 2) : on sait dans quelle mesure le Code civil a restreint les droits des enfants naturels (art. 755 et 757).

Il n'eût pas été malaisé, on en conviendra, de manifester d'une manière plus claire « la ferme volonté d'assurer la transmission des biens d'après les idées révolutionnaires. » (Ronjat, l. c.).

Non! les auteurs du Code n'ont pas été aussi fidèles imitateurs de leurs devanciers immédiats; ils ont su choisir parmi les documents législatifs si nombreux qui leur venaient de cette source, et certes, on ne doit pas être surpris de trouver, parmi ceux qu'ils écartaient, cette loi de 1791 dont un de ses partisans a écrit : « Comme doctrine juridique, la loi de 1791 ne saurait être approuvée. Mais il ne s'agissait pas de droit pendant la Révolution [1] ». Ils ont pu penser au contraire, et ils ont pensé, en effet, que les temps étaient assez changés pour que l'on pût revenir au droit et en consacrer les principes.

Barère, pour justifier sa motion d'ordre, exprimait la crainte que « la haine de la Révolution ne se cachât sous la forme du respect de la volonté des mourants », et demandait à l'Assemblée constituante « de faire cesser une contradiction aussi frappante entre les volontés particulières et la volonté générale . » Tout au contraire, Bigot Préameneu (l. c.) nous l'apprend, les auteurs du Code ont voulu avant tout respecter cette volonté du disposant que la Constituante avait si complétement méconnue et sacrifiée.

[1] M. Laurent, *Principes*, t. XI, n° 430.

Digitized by Google

Mais laissons ces détails : Portalis, dans son « Discours préliminaire », a exposé avec autant de force que de clarté, les principes qui avaient dirigé la commission chargée de préparer le projet de Code civil.

Après avoir rappelé les obstacles qu'avait rencontrés dans l'ancien droit la codification des lois civiles, Portalis écrit :

« Tout-à-coup une grande révolution s'opère. On attaque tous les abus, on interroge toutes les institutions..... Bientôt la prudence qui tolérait tout, fait place au désir de tout détruire.....

Un bon Code civil pouvait-il naître au milieu des crises politiques qui agitaient la France?

Toute révolution est une conquête. Fait-on des lois dans le passage de l'ancien gouvernement au nouveau? Par la seule force des choses, ces lois sont nécessairement hostiles, partiales, éversives. On est emporté par le besoin de rompre toutes les habitudes, d'affaiblir tous les liens, d'écarter tous les mécontents. On ne s'occupe plus des relations privées des hommes entre eux : on ne voit que l'objet politique et général..... Tout devient droit public.

Si l'on fixe son attention sur les lois civiles, c'est moins pour les rendre plus sages ou plus justes, que pour les rendre plus favorables à ceux auxquels il importe de faire gouter le régime qu'il s'agit d'établir..... L'esprit révolutionnaire se glisse dans toutes les institutions. Nous appelons *esprit révolutionnaire*, le désir exalté de sacrifier violemment tous les droits à un but politique, et de ne plus admettre d'autre considération que celle d'un mystérieux et variable intérêt d'État »(Fenet, I, pp. 464-465).

Pour quiconque se rappelle le discours de Barère, dont les lignes qu'on vient de lire paraissent être la contre-partie, et connaît le caractère incontestable de la loi de 91, loi essentiellement politique, la preuve nous semble faite : tout commentaire ne pourrait qu'affaiblir ces décisives paroles.

XVII. Jusqu'à l'apparition de l'ouvrage de M. Demante, dont l'opinion a rencontré peu de partisans, les commentateurs du Code civil, — à l'exception toutefois de M. Coin-Delisle (*Donat. et test.*, art. 900, n° 3) qui indiquait, d'une façon dubitative, l'opinion contraire, — les commentateurs n'hésitaient pas à interpréter

Digitized by Google

l'art. 900 comme nous l'avons fait nous-mêmes, c'est-à-dire à le considérer comme entièrement étranger à la loi du 5 septembre 1791.

Merlin, pour ne citer que lui [1], disait à ce sujet : « Ce qu'il importe singulièrement de remarquer, c'est que ni l'une ni l'autre de ces lois (du 5 septembre 1791 et du 17 niv. II, art. 12) n'est confirmée par le Code civil, et que, par conséquent, elles ont perdu toutes deux leur autorité législative. » (Répertoire, v° *Condition test.*, III, § 5, art. 4).

Les tribunaux, de leur côté, lorsqu'ils ont eu à se prononcer sur l'application de l'art. 900, C. civ., ont toujours fait abstraction de la loi de 1791.

Tandis, par exemple, que cette loi condamne d'une manière absolue toute condition qui gêne la liberté qu'a le donataire, l'héritier ou le légataire de se marier ou de se remarier, même avec des personnes déterminées; la jurisprudence décide, d'une manière unanime, que ces conditions ne doivent pas être nécessairement tenues pour non écrites [2].

Merlin justifiait d'avance ces solutions par des motifs qui n'ont rien perdu de leur valeur : Ces conditions peuvent être maintenues, disait-il, car « 1° il n'y a rien d'impossible en elles; 2° ces conditions ne blessent aucune des lois existantes; 3° elles ne sont pas contraires aux bonnes mœurs. » (l. c.).

XVIII. Nous avons essayé d'établir que la doctrine qui maintient, à quelque titre que ce soit, dans notre législation actuelle, le décret de 1791, est en contradiction avec le texte de l'art. 900, ainsi qu'avec la volonté formelle, explicite des auteurs de cet article. — Nous voudrions maintenant montrer que cette doctrine introduit dans nos lois une disposition souverainement dange-

[1] On sait que Merlin avait rédigé, avec Target et Thouret, le projet de loi duquel a été détaché le décret de 1791.

[2] M. Demante lui-même (16 *bis* VI) approuve ces décisions, se refusant aussi à suivre dans toutes ses conséquences la doctrine générale qu'il avait adoptée.

M. Ronjat n'a pas eu à se prononcer sur l'interprétation des expressions de l'art. 900 : « conditions contraires aux lois ou aux mœurs. » Cette question n'était pas soulevée dans l'affaire au sujet de laquelle il portait la parole devant la Cour de cassation.

Digitized by Google

reuse, parce que, en une matière si importante, elle donnerait lieu à l'interprétation la plus incertaine, la plus arbitraire.

Marcadé exprimait une vérité incontestable lorsqu'il écrivait sur l'art. 900 : « Telle ou telle clause sera nécessairement appréciée d'une manière différente selon les principes plus ou moins sévères, les mœurs plus ou moins austères, les sentiments plus ou moins religeux, la délicatesse plus ou moins profonde, et aussi selon les diverses opinions et manières de voir de l'époque, du pays et surtout des personnes appelées à prononcer. »

S'il en est ainsi lorsqu'il s'agit de questions qui mettent en jeu la loi morale seule, au sujet de laquelle, malgré les plus regrettables divergences, l'accord est encore presque unanime sur un grand nombre de questions, combien plus graves seront les difficultés, combien plus considérable aussi la variété des décisions et par conséquent l'incertitude des droits pouvant résulter des dispositions à titres gratuit, lorsque, pour apprécier le caractère licite ou moral d'une condition, le magistrat devra rechercher si elle est conforme à « l'esprit nouveau de la société régénérée » ou si au contraire elle n'est pas en opposition avec « la volonté générale » (Barère), avec « les idées et les sentiments de la société moderne » (Laurent) !

Est-il un criterium plus vague, plus insaisissable? Indiquer au juge une règle aussi peu définie, c'est en réalité ne lui en imposer aucune, et l'autoriser à donner libre carrière à la fantaisie de ses inspirations, dans l'ordre social et politique ; son intégrité même fût-elle à l'abri de tout soupçon, ne sera-t-il pas conduit à considérer, avec la plus entière sincérité, ce qui est l'objet de ses préférences, comme l'expression de la volonté générale, des idées et des sentiments de la société moderne, qui seuls doivent dicter ses jugements?

La condition imposée à un chef d'industrie de n'employer que des ouvriers français sera-t-elle valable? En vérité nous ne pouvons le dire : tel tribunal n'hésitera pas à en ordonner l'exécution, tel autre le tiendra pour nulle, parce qu'elle lui paraîtra contraire aux principes de la libre concurrence qui, dans l'ordre économique, sont considérés par beaucoup comme la loi de la société moderne.

Digitized by Google

Même incertitude relativement à la condition imposée à un donataire d'assurer à ses ouvriers un jour de liberté chaque semaine : cette condition sera anéantie ou maintenue suivant que le magistrat saisi du litige se trouvera être adversaire ou partisan du repos hebdomadaire.

Nous pourrions facilement multiplier les exemples : toujours et partout nous constaterions, en fait, l'abdication totale du législateur au profit de l'interprétation judiciaire.

Mais, dira-t-on peut-être : les pouvoirs du magistrat ne sont pas aussi larges, ni son droit d'appréciation si absolu : les idées et les sentiments de la société moderne ne sont autres, en effet, que les principes de 89 qui ont trouvé leur formule et reçu leur consécration dans la déclaration des droits de l'homme.

Cette affirmation recule la difficulté, mais sans la résoudre : la règle d'interprétation que l'on propose pourrait suffire en effet si tous étaient d'accord sur le sens des principes inscrits dans la déclaration, mais il n'en est rien, et même parmi ceux qui en apprécient plus complétement le mérite, se font jour les plus graves divergences [1].

XIX. Si tels sont les dangers que présenterait l'art. 900 du C. c.), interprété comme nous nous refusons à le faire, lorsque les préoccupations de l'ordre social ou politique sont seules en jeu, que sera-ce si l'on se trouve en présence de difficultés qui touchent, de près ou de loin, aux questions religieuses? Qui ne sait à quel point est grande ici la violence des préjugés et des passions, la variété presque infinie des opinions et des sentiments? En réalité, le droit de disposer n'a plus de garantie : tout est abandonné à l'arbitraire.

Nous n'avons pas besoin de prendre sur ce point des hypothèses imaginaires.

Une somme de 25,000 francs avait été léguée pour servir à l'établissement d'une fondation perpétuelle en faveur de pauvres femmes aveugles, ayant leur domicile de secours dans la ville de Louvain, et professant la religion catholique. La Cour de Bruxelles, constatant que la volonté du testateur avait été de créer une

[1] On peut consulter à ce sujet la discussion qui s'est produite au Conseil municipal de Paris, le 24 novembre 1886.

Digitized by Google

fondation administrée par les curés de Louvain, et ayant une existence propre et indépendante, avait fait à cette libéralité l'application de l'art. 900 et avait attribué le legs aux hospices [1]. M. Laurent, à qui nous empruntons cet exposé, approuve la solution de la Cour de Bruxelles, solution qui est en effet conforme à l'opinion qu'il adopte touchant la sanction de l'art. 900 (*supra* pp. 1, 2), puis il ajoute: « Le but de l'art. 900 est d'empêcher que le testateur ne tente seulement de se mettre au dessus des lois. Or, dans l'espèce, il y avait opposition, nous dirions volontiers, révolte contre la loi et les établissements laïques qu'elle organise en faveur des pauvres. Les pauvres, quels qu'ils soient, ont leur organe légal, la commission des hospices ; le chanoine (c'était le testateur) ne veut pas de cet organe, il préfère les curés. Est-ce parce que les curés administreront sa fondation avec plus d'intelligence, avec plus de sollicitude ? Non, certes; le testateur est un chanoine, imbu de cet esprit d'orgueil et de domination que l'Eglise, de nos jours, inculque à ses ministres; s'il établit une administration composés de curés, c'est qu'il a, avant tout, pour but la domination du clergé; il y subordonne tout, même la charité. » (*Principes*, XI, p. 367).

Raisonnement inutile à coup sûr — si les raisons de droit invoquées par la Cour de Bruxelles avaient une réelle valeur ;— bien dangereux, en tous cas, car, si des considérations de cette nature suffisaient à justifier l'application de l'art. 900, on aurait été conduit à annuler le legs dont il vient d'être parlé, même au cas où le légataire aurait été non pas un comité composé de plusieurs ecclésiastiques, mais un simple laïque, dont le dévouement aux doctrines catholiques eût été connu, et qui eût été chargé de distribuer les 25,000 fr. à telle ou telle catégorie d'indigents : nous cherchons cependant en vain ce que cette condition présente de contraire soit à la loi, soit aux bonnes mœurs.

Citons, pour terminer un dernier exemple.

Le chef d'une institution libre, dans laquelle est donné l'enseignement religieux, reçoit à Bruxelles une donation de

[1] Cet arrêt fut cassé, et la Cour de Liège, à qui l'affaire avait été renvoyée, annula la libéralité elle-même, par respect pour la volonté du testateur (arrêt du 12 mai 1859).

Digitized by Google

30,000 fr., à la condition que cette somme sera par lui employée à maintenir, et, s'il est possible, à développer son établissement [1]. Pour quiconque interprète l'art. 900 comme nous l'avons fait, disons mieux, pour toute personne qui lit ce texte sans opinion préconçue, aucun doute ne peut s'élever relativement à la parfaite correction de cette condition, dans laquelle, semble-t-il, ne se rencontre absolument rien d'immoral ni d'illicite.

Pour les partisans de l'opinion contraire, il en va tout autrement : « En Belgique, disent-ils, la lutte a éclaté ouvertement depuis la loi de 1879 qui a sécularisé l'enseignement primaire. Partout s'élèvent des écoles catholiques, avec le but de détruire l'enseignement public; et comme cet enseignement est de droit constitutionnel, la guerre que l'Église lui a déclarée tend à renier l'œuvre de 1850. » (*Avant-proposition sur l'art. 774*, p. 294, n° 4).

Qu'on veuille bien se le rappeler : la loi belge de 1879, en laïcisant l'enseignement public, avait néanmoins laissé subsister l'enseignement libre, comme devait le faire en France la loi du 30 octobre 1886.

Voilà donc une condition conforme à la loi, insérée en vue d'un état de choses accepté, reconnu par le législateur, et cependant cette condition est déclarée illicite : le donateur s'est mis « en révolte ouverte envers le législateur ! »

N'est-ce pas, comme nous l'avons dit, le triomphe de l'arbitraire ? L'interprète condamne ce que le législateur autorise : les passions ou les préférences du juge auront raison de la loi elle-même.

Si une loi, conduisant à de semblables résultats, existait dans nos Codes, il serait indispensable de la corriger sans retard, pour la mettre en harmonie avec les principes élémentaires d'une bonne législation. CH. CHOBERT.

[1] Nous avons à dessein laissé de côté la circonstance, supposée par M. Laurent, que la donation serait faite à une *fondation*, sans existence légale, afin de simplifier le débat, en écartant l'argument tiré de l'incapacité de cette fondation : les paroles de M. Laurent que nous allons citer s'appliquent, on le remarquera, avec une égale force, à notre hypothèse et à celle qu'il a choisie.

Digitized by Google

EFFETS DE LA SÉPARATION DE BIENS JUDICIAIRE, SOUS LES DIVERS RÉGIMES MATRIMONIAUX,

Par M. Louis Stouff, avocat, docteur en droit.

Sous tous les régimes où la femme apporte au mari une dot qu'il administre pendant le mariage et qu'il doit restituer à la dissolution, elle est exposée au danger de l'insolvabilité du mari. Le désordre des affaires du mari compromet la créance de restitution de la dot, et celle d'indemnité pour mauvaise administration. Avec le régime de communauté, le péril est plus grand encore. Si la communauté s'appauvrit, la femme court le risque de ne pas retrouver dans le partage une valeur égale à ce qui est entré de son chef dans la masse commune. Le préservatif contre tous ces dangers est dans la séparation de biens judiciaire.

Comme notion générale, on peut dire que la séparation de biens judiciaire consiste dans des modifications à la condition de la femme mariée au point de vue de ses intérêts pécuniaires. Quelles sont exactement ces modifications? C'est la question des effets de la séparation de biens. Avant de la résoudre, il faut délimiter la sphère d'action de la séparation de biens judiciaire, le domaine dans lequel elle produit ses effets.

Les règles relatives à la condition de la femme mariée au point de vue de ses biens sont de deux sortes. Les unes sont du domaine des conventions matrimoniales et varient avec elles. Les autres sont la conséquence même du mariage, elles existent, quelles que soient les conventions matrimoniales. En se mariant, la femme règle l'administration et la jouissance de ses biens. Le plus souvent, elle les transfère au mari; quelquefois, elle se les réserve par la séparation de biens conventionnelle ou par la clause de paraphernalité. Voilà qui est du domaine des conventions matrimoniales. S'agit-il, au contraire, d'actes de disposition, la femme est, en tant que femme mariée, incapable; quel que soit le régime adopté, elle doit demander l'autorisation maritale. Il y a plus, aucune convention ne peut la soustraire à cette incapacité, les lois relatives à la capacité des personnes sont d'ordre public. De même, la femme a toujours hypothèque sur les biens du mari. Ce sont là des règles dont l'existence est indépendante du régime matrimonial,

Digitized by Google

Ceci posé, l'influence de la séparation de biens est restreinte aux règles qui sont du domaine des conventions matrimoniales, elle n'apporte pas de modifications à celles qui, dérivant du mariage lui-même, doivent durer autant que lui. La femme séparée de biens conserve donc son hypothèque, elle peut s'en prévaloir pour les créances qu'elle acquiert contre son mari après la séparation. Conséquence beaucoup plus grave, elle reste soumise au principe de l'incapacité de la femme mariée (1449, al. 3, 217).

La séparation de biens n'a donc effet que sur les règles qui dépendent des conventions matrimoniales.

Dans cette sphère restreinte, les effets de la séparation de biens se rattachent à une seule idée : la séparation de biens est la restitution à la femme de l'administration et de la jouissance qui appartenaient au mari sur ses biens en vertu du contrat de mariage. Dans cette formule est le principe ou le résumé de tous les effets de la séparation de biens judiciaire.

Cette séparation se présente sous trois régimes : régime de communauté, régime sans communauté, régime dotal. Celle qui a lieu entre époux communs en biens est la seule dont la loi développe les effets (1448 et suiv.). Pour le régime sans communauté, l'art. 1531 dit seulement que le mari doit restituer la dot. Enfin, l'art. 1563, relatif au régime dotal, déclare que la femme peut poursuivre la séparation de biens, ainsi qu'il est dit aux art. 1443 et suiv. Dès lors, on peut se demander s'il ne faut pas appliquer sous ces autres régimes, les effets que la séparation de biens produit en matière de communauté. La réponse doit être affirmative. Pour le régime sans communauté, nous trouvons cette règle générale d'interprétation que l'on doit compléter les lacunes des art. 1530 à 1535 par les principes applicables en matière de communauté. Pour le régime dotal, nous avons le renvoi de l'art. 1563.

L'effet de la séparation de biens est double, il consiste dans l'abrogation des règles antérieures, et dans l'établissement de règles nouvelles.

I. — Le premier de ces effets est limité déjà par les observations précédentes aux règles résultant des conventions matrimoniales, il doit l'être, en outre, par cette idée que la séparation

Digitized by Google

de biens ne doit pas supprimer les protections et les garanties que la femme tient du contrat de mariage. Etablie pour protéger la femme, la séparation de biens ne peut qu'augmenter sa sécurité, elle ne saurait la restreindre.

Quelles sont les règles abrogées ? Tout se ramène à l'idée suivante : le mari perd l'administration et la jouissance des biens de la femme. Il faut en faire l'application aux divers régimes. Dans deux cas, cette application équivaut ou aboutit à la dissolution du régime. Elle équivaut à la dissolution du régime sans communauté, puisque tout ce régime consiste dans le droit pour le mari d'administrer les biens de la femme et d'en jouir. Elle aboutit à la dissolution du régime de communauté. Le mari avait l'administration et la jouissance des propres de la femme et de la part de la femme dans la communauté ; en définitive, du patrimoine entier de la femme. Puisque l'on enlève au mari l'administration et la jouissance du patrimoine de la femme, il faut de toute nécessité dégager ce patrimoine, le séparer de celui du mari, c'est-à-dire liquider les reprises et partager la communauté (1441).

Sous le régime dotal, il n'en est pas de même. La séparation de biens n'entraîne pas dissolution du régime. Ce régime se compose de deux principes indépendants l'un de l'autre, administration et jouissance du mari sur les biens dotaux, inaliénabilité de ces biens. La séparation de biens abroge le premier de ces principes, mais elle laisse subsister le second. Toutefois, l'art. 1561, al. 2, y apporte un tempérament. Les biens dotaux sont désormais prescriptibles. Cette disposition se justifie précisément par l'idée que la séparation de biens met fin à l'administration du mari. Le mari perd l'exercice des actions de la femme, et, par suite, il n'est plus besoin de protéger la femme par l'imprescriptibilité contre la négligence du mari à intenter les actions.

L'art. 1561, al. 2, a fait naître quelques doutes sur le maintien de l'inaliénabilité après la séparation de biens. Si les biens dotaux ne sont pas susceptibles de prescription, c'est parce qu'ils sont inaliénables. Si l'imprescriptibilité cesse, c'est parce qu'ils sont devenus aliénables. Mais l'immeuble dotal devient prescrip-

Digitized by Google

tible, non parce que l'inaliénabilité disparaît, mais parce que le mari n'a plus l'administration de la dot. D'ailleurs le maintien de l'inaliénabilité est conforme à cette idée que la séparation de biens doit accroître et non diminuer les garanties que la femme tient de son contrat.

Du maintien de l'inaliénabilité résultent les conséquences suivantes : 1° Impossibilité pour la femme de disposer de sa dot immobilière, et même de sa dot mobilière, si l'on admet le système de la jurisprudence. En ce qui touche la dot mobilière, étant donné qu'elle se trouve désormais aux mains de la femme, l'inaliénabilité va prendre une forme nouvelle. Ce qui était inaliénable, c'était la créance de restitution; ce qui le sera désormais, c'est la dot mobilière elle-même, envisagée dans les objets qui la composent. La femme ne pourra pas disposer des meubles dotaux. Décider autrement, ce serait supprimer l'inaliénabilité, et permettre à la femme de dissiper sa dot. La femme serait ainsi privée par l'effet de la séparation de biens d'une garantie qu'elle s'était ménagée dans son contrat (Cass. 4 juill. 1881, D. 82. 1. 194).

2° Les revenus des biens dotaux sont insaisissables entre les mains de la femme dans la même mesure où ils l'étaient entre les mains du mari. C'est dire que l'exécution des obligations contractées par la femme séparée de biens ne peut être poursuivie que sur l'excédent des revenus, déduction faite des charges du mariage.

Il nous reste à résoudre une question commune à tous les régimes. Si le contrat de mariage déclare que le mari doit faire emploi des capitaux dotaux qu'il reçoit, la femme, après la séparation de biens, y est-elle obligée ? Oui, la séparation de biens n'abroge pas les règles du contrat de mariage qui constituent des garanties pour la femme. La femme ne peut avoir moins de protection après la séparation qu'avant.

II. — La séparation de biens crée des règles nouvelles. Tout se relie à cette idée, la femme recouvre l'administration et la jouissance de ses biens.

D'abord, la femme reprend l'administration. L'art. 1449 fixe l'étendue de ses pouvoirs, la femme a la libre administration. Cela

Digitized by Google

administration, des obligations susceptibles d'être exécutées sur lui. Au contraire, l'impossibilité d'aliéner les immeubles emporte impossibilité de les grever d'obligations, même contractées dans les limites de la libre administration. La jurisprudence a abandonné ces idées. La règle que l'on ne peut aliéner indirectement par des obligations ce qu'on ne peut aliéner directement n'est vraie que lorsqu'il y a inaliénabilité. L'inaliénabilité des biens dotaux entraîne insaisissabilité. Mais les obligations que le tuteur contracte dans les limites de son administration peuvent être exécutées sur tous les biens du mineur, quoique le tuteur ne puisse aliéner les immeubles du mineur.

En droit, la femme reprend donc l'administration de ses biens; en fait, il se peut que le mari la garde. Le fait se présente souvent, et le Code, se plaçant à un point de vue spécial, s'en est occupé. Le mari touche les capitaux provenant de l'aliénation d'un bien de la femme. L'art. 1450 prévoit l'hypothèse. Cet article vise la séparation de biens intervenue sous le régime de communauté. Il suppose que la vente a eu lieu en présence du mari et de son consentement. Le mari est déclaré responsable des capitaux, sans que la femme ait à prouver qu'il les a reçus. La loi crée une présomption qui astreint le mari à restituer les capitaux ou à présenter un emploi, à moins qu'il ne prouve qu'il ne les a pas reçus. La disposition de l'art. 1450 est, malgré sa place, une règle absolument générale. Une jurisprudence toute récente en fait l'application à la femme séparée de biens par son contrat ou à la femme dotale quant à ses capitaux paraphernaux. (Cass. 25 avril 1882, S. 82. 1. 441). A plus forte raison, l'art. 1450 doit-il être étendu à la séparation de biens judiciaire sous tous les régimes.

En second lieu, la femme reprend la jouissance. Sur cette jouissance, le mari subvenait aux charges du ménage, comment sera réglée la contribution de la femme ? L'art. 1448 résout la question, qu'il nous suffise d'y renvoyer.

Il faut maintenant présenter une observation générale. Le tribunal qui prononce la séparation ne peut ajouter à la protection qui en résulte légalement pour la femme. Par exemple, le contrat de mariage ne prescrit pas l'emploi des capitaux dotaux.

Digitized by Google

De nombreux arrêts décident que le tribunal ne peut pas insérer dans le jugement une condition d'emploi opposable aux débiteurs des capitaux propres. Les conventions matrimoniales sont immuables. En sens contraire, on a invoqué une idée dont nous avons fait souvent usage, la séparation de biens ne peut nuire à la femme. Si le mari n'était pas obligé de faire emploi, la femme avait du moins une créance contre lui, créance garantie par l'hypothèque légale ; elle n'a plus désormais aucune garantie, si elle n'est pas obligée de faire emploi. — Il n'est pas contestable que la séparation de biens ne peut préjudicier à la femme, mais tout ce que l'on est en droit d'en conclure, c'est que la séparation ne peut lui enlever les garanties que lui réserve son contrat, l'inaliénabilité dotale, par exemple, et c'est exagérer la portée de cette idée, que d'en tirer la faculté pour les tribunaux de ménager à la femme des garanties nouvelles qu'elle n'avait pas inscrites dans son contrat de mariage.

Louis STOUFF.

BIBLIOGRAPHIE.

DE LA DÉLIMITATION DES RIVAGES DE LA MER ET DE L'EMBOUCHURE DES FLEUVES ET RIVIÈRES [1],

Par M. Léon Aucoc,
Membre de l'Institut, ancien président de section au Conseil d'État.

Compte-rendu par M. Ch. Lyon-Caen,
Professeur à la Faculté de Droit de Paris et à l'École des sciences politiques.

La législation sur les eaux est remplie de difficultés de toutes sortes, et, sans vouloir nier l'existence d'ouvrages remarquables publiés sur cette partie de nos lois, on peut dire qu'elles n'ont pas encore été l'objet de travaux complets ayant élucidé tous les points obscurs. Aussi tout le monde attend depuis plusieurs années avec une légitime impatience la publication du tome IV des *Conférences de droit administratif* de M. Aucoc ; ce volume doit être consacré au régime des eaux. Le savant auteur vient de tirer des études qu'il a faites pour la préparation de ce volume un

[1] 1 brochure in-8°, 1887. — Alcan, éditeur, — Dunod, éditeur.

Digitized by Google

travail relatif à la délimitation des rivages de la mer et de l'embouchure des fleuves [1]. Entre tous les sujets qui se rattachent au régime des eaux, il n'en est pas de plus difficile et de plus compliqué, M. Aucoc le constate au début de son étude et il a eu raison de le dire; autrement le lecteur pourrait ne pas s'en douter, tant la merveilleuse clarté de l'auteur et sa remarquable précision viennent à bout des difficultés les plus ardues. Jamais peut-être dans ses livres ou dans ses articles M. Aucoc n'avait montré une limpidité plus grande et rendu plus aisée l'intelligence de matières réputées difficiles jusqu'à lui. Jamais il n'avait mieux montré son grand talent de jurisconsulte et d'écrivain uni à son expérience consommée de toutes les choses administratives.

Après avoir dans une courte introduction expliqué les causes de la difficulté du sujet et de sa grande importance, M. Aucoc divise son étude en quatre parties. Un premier paragraphe est consacré à *la délimitation du rivage de la mer sur le littoral*, en général; l'auteur y interprète et y complète le texte célèbre de l'ordonnance de 1681 (art. 1, livre IV, titre VII) en s'inspirant de nombreux documents administratifs. Puis, dans un second paragraphe, il parle *des étangs salés* et recherche s'ils sont une dépendance de la mer ou s'ils constituent une propriété privée. Il résume sur ce point spécial un mémoire plus développé présenté par lui en 1882 à l'Académie des sciences morales et politiques [2]. Il arrive, dans un troisième paragraphe, à la *délimitation des rivages de la mer à l'embouchure des fleuves et rivières*. Il prémunit tout d'abord avec une grande précision contre les confusions faites en cette matière. Comme le dit très bien M. Aucoc, il ne faut pas confondre la question de la délimitation au point de vue de la fixation des limites du domaine public (la seule qu'il traite) avec les questions qui s'élèvent pour la fixation des limites soit de l'inscription maritime, soit de la pêche maritime (pages 13 et 14) [3]. Puis il explique que, sur les points du littoral où le rivage est

[1] Extrait des *Annales de l'École des sciences politiques*.

[2] *Les étangs salés des bords de la Méditerranée et leur condition légale*. 1 broch. in-8°, Dunod éditeur.

[3] Lyon-Caen et Renault, *Précis de Droit commercial*, t. II, p. 76, note 6.

Digitized by Google

coupé par l'embouchure d'un fleuve ou d'une rivière et où les eaux de ce fleuve ou de cette rivière se mêlent à celles de la mer, deux décisions successives sont nécessaires : il faut fixer le point où s'arrête le cours d'eau et ce n'est qu'ensuite qu'on peut déterminer les limites de la mer et de la terre; les rives situées en aval de la ligne à laquelle s'arrête le fleuve sont les rivages de la mer. Les propriétaires riverains des rivages de la mer sont autrement traités par nos lois que les riverains des cours d'eau. Ceux-ci voient leurs propriétés s'étendre ou se restreindre avec les modifications subies par le lit du cours d'eau. Au contraire, les portions de terre envahies par les eaux peuvent être transformées en rivages de la mer, mais les lais et relais de la mer sont attribués à l'Etat à l'exclusion des propriétaires riverains, de telle façon que les riverains de la mer peuvent perdre sans avoir jamais la chance de gagner. — M. Aucoc réfute d'une façon péremptoire deux systèmes extrêmes. D'après l'un la mer remonterait dans les fleuves et rivières jusqu'au point où le plus grand flot de mars refoule les eaux du fleuve ou de la rivière. D'après l'autre, le fleuve ou la rivière cesserait là ou les eaux se perdent définitivement dans la mer à marée basse, de telle sorte qu'on séparerait la mer du fleuve par une ligne rétablissant la continuité du rivage sans tenir compte de l'échancrure où pénètre le fleuve. M. Aucoc démontre qu'on doit se rallier à un système intermédiaire dans lequel on tient compte de la configuration des rives, de la nature des eaux et des bords, et il trouve ce système dans la combinaison de plusieurs arrêts du Conseil d'Etat de 1863, 1875 et 1882. Nous ne pouvons que renvoyer aux développements pleins d'intérêt que donne l'auteur sur ce point (pages 26 et suiv.).

Le quatrième paragraphe de la brochure de M. Aucoc est consacré aux pouvoirs de l'administration centrale et de l'administration locale en matière de délimitation des rivages de la mer, ainsi qu'à l'examen des questions de compétence. Ces dernières questions ont donné lieu aux polémiques les plus vives entre les auteurs; plusieurs des plus justement estimés, M. Aucoc notamment, ont changé d'opinion. Les jurisprudences administrative et judiciaire ont été longtemps en désaccord; il a fallu l'interven-

Digitized by Google

tion du tribunal des conflits pour mettre fin au différend en 1873.

D'après un décret-loi du 21 février 1852, les décrets de délimitation sont rendus *sous la réserve des droits des tiers*. Il s'agit de savoir quel est le sens de cette réserve et quels sont les droits des riverains qui prétendent que leurs terrains ont été à tort englobés dans le domaine public. La Cour de cassation reconnaissait à l'autorité judiciaire le pouvoir d'examiner si des terrains appartenant à des particuliers n'avaient pas à tort été compris dans le domaine public; mais, en vertu du principe de la séparation des pouvoirs judiciaire et administratif, l'autorité judiciaire ne se reconnaissait pas le droit d'ordonner la remise des propriétaires en possession; elle accordait seulement une indemnité aux propriétaires dépossédés si la délimitation lui semblait inexacte. La Cour de cassation prétendait que l'administration pouvait fixer les limites administratives du domaine public comme elle le jugeait utile aux services publics, mais qu'il appartenait à l'autorité judiciaire de reconnaître les limites naturelles. Le Conseil d'Etat, au contraire, admettait les recours pour excès de pouvoirs contre les actes de délimitation et refusait à l'autorité judiciaire le pouvoir de reviser la délimitation administrative même au point de vue d'une indemnité à accorder aux riverains. — Depuis 1873, le Tribunal des conflits a consacré un système nouveau : il admet d'abord le recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat dans le but d'obtenir l'annulation de l'acte de délimitation et la rentrée en possession; puis il reconnaît au propriétaire qui prétend avoir eu à souffrir de la délimitation, le droit de réclamer une indemnité devant les tribunaux de l'ordre judiciaire. — M. Aucoc, qui avait défendu la jurisprudence du Conseil d'Etat, se rallie à la décision du Tribunal des conflits. Nous avons peine à suivre le savant auteur dans cette conversion. L'ancienne jurisprudence du Conseil d'Etat était logique. Etait-elle donc conforme aux principes? Nous en doutons. Nos préférences seraient pour une toute autre doctrine. Le propriétaire qui croit avoir à se plaindre d'un acte de délimitation doit pouvoir l'attaquer devant le Conseil d'Etat pour excès de pouvoir; mais, comme il y a une question de propriété privée à résoudre, le Conseil d'Etat doit surseoir à statuer jusqu'à ce que l'autorité judiciaire l'ait résolue. Nous ne

Digitized by Google

concevons pas comment l'autorité judiciaire a le pouvoir d'apprécier la légalité de l'acte de délimitation même pour allouer une indemnité de dépossession ni comment l'autorité administrative peut statuer sur une question relative à l'étendue d'une propriéte privée. — Nous regrettons de ne pouvoir pas nous rendre à l'argumentation produite par M. Aucoc en faveur de la jurisprudence du Tribunal des conflits.

Nous souhaitons vivement que cette remarquable étude, l'une des meilleures assurément sorties de la plume féconde du savant auteur, soit l'annonce de la publication prochaine du tome IV des *Conférences de droit administratif*. En faisant paraître son travail sur la délimitation des rivages de la mer, M. Aucoc a augmenté l'impatience avec laquelle nous attendons son volume sur le régime des eaux. Le livre du Code rural consacré à cette matière, déjà adopté par le Sénat depuis plusieurs années, est actuellement soumis à la Chambre des députés. Celle-ci ne semble pas disposée à s'en occuper activement. Nous espérons que M. Aucoc n'a pas l'intention de remettre la publication de son volume après le vote de la loi nouvelle. Si nous ne devons pas avoir de longtemps une loi meilleure sur le régime des eaux, nous aurons du moins certainement d'ici peu de temps le meilleur ouvrage relatif à la législation actuelle. Il éclairera le législateur futur et servira sans doute beaucoup à améliorer le projet dont est saisie la Chambre des députés. CH. LYON-CAEN.

ÉTUDES SUR LES PERSONNES MORALES DANS LE DROIT ROMAIN ET DANS LE DROIT FRANÇAIS,

par M. Maurice VAUTHIER, avocat à la Cour d'appel de Bruxelles,

Compte-rendu par M. BRÉMOND,

Professeur à la Faculté de Droit de Montpellier.

La personnalité morale n'a jamais été beaucoup étudiée en France ; les monographies sont rares ; les traités généraux de droit civil se contentent de donner quelques définitions et d'indiquer brièvement quelques principes, le plus souvent sans discussion, comme s'il s'agissait d'axiomes évidents ; les traités de droit commercial, ceux de droit administratif surtout contiennent plus de

Digitized by Google

développements sur le sujet, mais ils s'occupent principalement d'étudier les diverses personnes morales qui font partie de leur domaine, d'indiquer les organes caractéristiques et le fonctionnement spécial de chacune de ces personnes, ils ne donnent pas d'étude sur la personnalité morale en général considérée comme une sorte d'attribut abstrait en dehors de ses divers cas d'application. Il y avait donc une lacune à combler; elle vient de l'être par M. Maurice Vauthier, avocat à la Cour d'appel de Bruxelles. Il a intitulé son livre : *Etude sur les personnes morales dans le droit romain et dans le droit français.* Cette rubrique pourrait induire le lecteur en erreur et lui faire croire qu'il va trouver une étude complète et détaillée de chaque personne morale. Il n'en est rien cependant. Ce que M. Vauthier étudie, c'est la personnalité morale en général. Il le dit d'ailleurs nettement dans la préface : « J'ai essayé d'écrire l'histoire d'une idée juridique. » Sans doute, et par la force des choses, il sera obligé de donner un grand nombre de renseignements sur les caractères spéciaux de chaque personne morale, il sera amené à entrer dans bien des détails sur le fonctionnement de chaque personne différente; mais ce ne sera que dans l'intérêt de l'étude générale qui seule est dans sa pensée. Il ne faudra donc pas lui reprocher de ne donner que des renseignements incomplets sur l'organisation de chacune des différentes personnes morales dont il sera amené à parler, car il n'a pas l'intention d'étudier les diverses organisations.

L'histoire de la personnalité morale, telle est l'œuvre que se propose M. Vauthier. Comment est née l'idée de donner une capacité juridique, une sorte de personnalité à un ensemble de personnes, de choses ou de faits? A la suite de quel besoin a-t-on été conduit à cette fiction juridique? La théorie a-t-elle été créée tout d'une pièce telle qu'existe aujourd'hui, ou bien y a-t-il eu ici, comme dans beaucoup d'autres cas, des tatonnements et des variations, et s'il y en a eu, peut-on en suivre la trace? Questions intéressantes qui nous permettent d'étudier le travail des générations qui nous ont précédés et de nous rendre compte des moyens qu'elles employèrent pour satisfaire aux besoins de leur époque.

Pour répondre à ces questions, M. Vauthier divise l'histoire en

Digitized by Google

3 périodes : droit romain, moyen-âge et ancien régime, droit moderne.

Dans la 1re période nous assistons à la naissance de la personnalité civile. Pour sauvegarder des intérêts d'ordre municipal, les jurisconsultes, avec quelque hésitation d'abord, puis plus nettement reconnaissent au municipe la qualité de personne morale ou, pour employer leur langage, d'*universitas;* puis ce sont les *collegia*, associations et corporations autorisées qui, à leur tour, sont considérées comme des *universitates;* enfin, mais seulement sous les empereurs chrétiens, et par suite de l'influence des mœurs et doctrines de la primitive Eglise, une nouvelle catégorie de personnes morales est admise par le droit positif, ce sont les *fondations*. La personnalité morale ici ne se rattache à aucune corporation, à aucun collège, elle est indépendante de toute collection ou agrégation de personnes, elle protège l'exécution d'une œuvre d'utilité publique.

Tel est le bref résumé du récit de M. Vauthier. Mais que de choses intéressantes dans les détails! Quelques-unes sont peut-être un peu à côté du sujet; léger défaut dont on s'apperçoit à peine et pour lequel nous ne pouvons nous décider à chercher querelle à l'auteur. Nous serons plus sévère pour la deuxième période où les hors-d'œuvre nous paraissent prendre trop d'extension et étouffer presque sous leurs développements l'idée principale qu'on finit par perdre de vue.

Cette deuxième période embrasse le moyen-âge et l'ancien régime. Ici l'unité du sujet disparaît un peu. L'idée de la personnalité morale subit des vicissitudes différentes suivant qu'il s'agit de l'Eglise, des communes, des associations ou de l'Etat, il faut donc se livrer à des études séparées.

En ce qui concerne l'Eglise une transformation complète s'opère dans les idées relatives à la base, au *substratum*, de la personnalité morale. Dans la doctrine primitive c'est l'œuvre qui est douée de la capacité juridique, c'est elle qui est propriétaire des biens; elle aura besoin sans doute de représentants et d'administrateurs, mais les personnes, clercs ou laïques, qui seront chargées de cette mission seront des dépositaires et mandataires et ne pourront employer les biens dans leur intérêt personnel ;

Digitized by Google

les biens sont à l'Eglise et non au clergé. Dans les derniers jours de cette deuxième période c'est l'idée contraire qui a cours : les biens sont au clergé et non à l'Eglise ; c'est la corporation des membres du clergé qui est désormais considérée, sinon toujours, au moins dans la plupart des cas, comme propriétaire des biens ; l'idée de la personnalité de l'œuvre a disparu presque entièrement. Cette modification s'est faite lentement et non sans protestations des autorités civiles et même du pouvoir pontifical ; mais les mœurs ont été plus fortes. M. Vauthier raconte cette histoire dans tous ses détails. Il nous semble qu'il insiste un peu trop longuement sur les privilèges et immunités des clercs et de l'Eglise ; ce sont matières étrangères à la personnalité morale. Le chapitre se termine par l'examen, au point de vue juridique, des actes qui ont prononcé la sécularisation des biens ecclésiastiques.

Le chapitre relatif aux communes n'est pas, à notre avis, le moins intéressant ; mais c'est certainement celui qui contient le plus de hors-d'œuvre. L'auteur y résume l'histoire de la formation des communes ; c'est de l'histoire politique et cela n'a qu'un rapport très éloigné avec l'objet de son travail. L'inconvénient est qu'on finit par perdre de vue le fil des idées et que le lecteur surpris par cette digression se trouve tout dévoyé et ne comprend plus où on veut le conduire. Nous croyons cependant qu'on lira ce chapitre avec fruit ; on y trouvera même quelques idées originales, ce qui ne dépare jamais un livre.

Pour les associations et corporations l'auteur a su se modérer davantage, et quoiqu'il rencontrât des sujets qui prêtaient aux développements, tels que l'organisation du commerce et de l'industrie, le droit d'association, il est resté dans de justes limites.

Enfin arrivant à l'Etat, M. Vauthier soutient qu'il faut lui refuser la personnalité morale pendant cette deuxième période ; il avait déjà donné la même solution pour la période romaine. Nous craignons que dans les deux cas il n'y ait qu'une subtilité de mots. La discussion pour le droit romain nous entraînerait trop loin, mais pour notre ancien droit il nous suffit de dire que M. Vauthier reconnaît lui-même que l'Etat s'incarnait dans la personne du prince et se confondait en lui. N'est-ce pas là une

Digitized by Google

personnification, la plus complète même des personnifications. Qu'importe après cela qu'on ne distinguât pas le domaine public et le domaine privé et qu'on confondît parfois les attributs de la souveraineté avec ceux de la propriété? Ces erreurs, ces contradictions ne détruisent pas le fait principal : l'Etat est une personne, la personne même du roi.

L'examen de la troisième période débute par des considérations générales où l'auteur a résumé les travaux de l'école allemande sur la théorie de la personnalité morale; ce résumé très clair et très complet sera utile à ceux qui voudront se mettre au courant de la question. Il se termine par un exposé des principes rationnels de la matière, dans lequel nous regrettons de ne pas trouver la mention d'une distinction qui nous paraît importante entre les personnes morales qui sont créées en vue d'un intérêt public, et celles qui ne sont créées qu'en vue d'intérêts individuels.

M. Vauthier étudie successivement la personnification des pouvoirs publics, des établissements publics et d'utilité publique, et enfin des sociétés. Ici il ne fait plus œuvre d'historien, mais il fait œuvre de juriste. Il indique quelles conditions sont nécessaires à l'existence de la personnalité civile et quelles sont les conséquences pratiques de la personnification.

C'est là, en somme, un travail intéressant. On peut sans doute faire quelques réserves, au sujet des digressions notamment; on peut ne pas accepter toutes les solutions proposées par l'auteur et nous serions disposé à en repousser quelques-unes; mais il faut reconnaître que c'est une œuvre sérieuse et utile et qui fera réfléchir tous ceux qui la liront. Ajoutons que M. Vauthier est toujours très clair et qu'il sait, dans les questions qui touchent à la politique, se maintenir sur un terrain purement scientifique; ceux qui ne partageront pas sa manière de voir rendront hommage à son impartialité et à sa bonne foi. BRÉMOND.

Digitized by Google

TRAITÉ DES PENSIONS CIVILES ET MILITAIRES [1],

par M. Adrien Bavelier, ancien Avocat à la Cour de cassation.

Compte-rendu par M. P. Louis-Lucas,
Professeur agrégé à la Faculté de Droit de Dijon.

M. Bavelier, auquel on doit déjà un certain nombre d'ouvrages estimés, paraît avoir un goût marqué pour les recherches dans les parties non codifiées de notre législation. Nous ne saurions que l'en féliciter. L'étendue et l'exactitude de son savoir, une grande conscience, l'ordre et la précision qu'il apporte dans ses développements, un art réel de composition et d'exposition, une méthode claire et rationnelle, constituent ses qualités essentielles.

Aujourd'hui, c'est un sujet singulièrement complexe et absolument dépourvu d'unité qui sollicite son attention. Nous voulons parler des pensions civiles et militaires. Nous sommes heureux de retrouver, dans ce nouveau travail, la clarté et la coordination dont M. Bavelier s'est fait une loi, qui sont devenues pour lui une excellente habitude et dont il a eu le talent, trop rare chez d'autres, de ne se départir jamais.

Le *Traité* qu'il nous offre est un commentaire très complet des différentes dispositions législatives ou réglementaires — et elles sont nombreuses — qui régissent cette vaste et importante matière.

La législation relative aux pensions civiles et militaires ne s'est formée que lentement, comme par voie d'alluvions graduelles, au moyen de dispositions successives et assez incohérentes entre elles.

Dans le premier volume, entièrement consacré aux pensions civiles, le savant auteur, commençant par jeter un coup d'œil, un peu trop rapide peut-être, sur le passé, nous retrace, dans une esquisse trop prompte, leurs vicissitudes historiques depuis le XIVe siècle. Il nous montre que l'Assemblée Constituante, partant d'un point de vue qui convient assez aux pensions attribuées aux membres de l'armée, a d'abord considéré la pension comme une récompense nationale pour un service rendu au corps social et comme un témoignage de reconnaissance de la patrie. L'idée sonnait noble; mais le principe était trop étroit. Aussi, plus tard,

[1] 2 vol. in-8°, 1886.

Digitized by Google

grâce à une conception plus féconde, a-t-on poursuivi un but beaucoup plus large, beaucoup plus humain et mieux en rapport avec l'institution même. On en vint à reconnaître que l'État ne peut décemment laisser ses anciens serviteurs mourir dans l'indigence et que les dernières années d'une vie laborieuse, intègre et utile, doivent être préservées de la misère. La pension devint désormais une continuation du traitement pendant la vieillesse. Elle est préparée par des retenues sur le traitement d'activité. Comme les retenues devaient, en principe, alimenter les pensions, il advint que chaque administration eut presque exclusivement sa caisse; le nombre de ces caisses s'éleva jusqu'à vingt-quatre, avec des réglementations diverses. Enfin, en 1853, l'État prit à sa charge le service des pensions; il s'empara du contenu des caisses spéciales, et la loi du 9 juin 1853, « actuellement la loi organique des pensions civiles à la charge du trésor », traça des règles uniformes tout au moins pour les carrières civiles. L'auteur ne dissimule pas les points faibles de cette loi et prend soin d'indiquer certaines modifications, qui, conformes à l'équité, seraient de nature à améliorer la situation des intéressés. Il n'hésite pas, toutefois, à déclarer que les innovations proposées dans les dernières années au Parlement, et tendant à une réforme générale des lois en vigueur, ne seraient pas sans présenter de sérieux inconvénients, et sans imposer de trop lourdes charges aux finances publiques. Mais, si M. Bavelier résume à merveille les critiques adressées au régime actuel, et dont l'une des plus fondées, sans contredit, consiste à lui reprocher de faire perdre au fonctionnaire qui n'atteint pas un chiffre assez élevé d'années de services, les retenues qu'il a subies, il ne se livre pas à un examen approfondi des projets de réforme. Les tendances de son livre sont tout autres. Il s'attache à nous initier dans le détail au système qui nous régit. Pour y parvenir, il commence par exposer l'esprit et l'économie générale de la loi fondamentale des pensions civiles, nous voulons dire de la loi de 1853, dont il analyse ensuite, avec un soin minutieux, chacune des dispositions, en indiquant les nombreux monuments de jurisprudence qui viennent à l'appui des solutions données sur les difficultés multiples qui se sont présentées dans la pratique.

Digitized by Google

Des articles successifs sont réservés aux différents emplois qui donnent droit à une pension de retraite; aux conditions d'âge, d'années de service que doivent remplir les fonctionnaires; à la quotité des retenues et émoluments auxquels elles s'appliquent. L'auteur passe ensuite en revue les cas où l'agent peut toucher une retraite exceptionnelle pour maladies ou infirmités contractées dans l'exercice de ses fonctions, les droits des veuves et des orphelins.

Dans une section spéciale, il étudie la quotité des pensions et les règles de compétence qui y sont relatives, ainsi qu'aux modes de recours qui interviennent à cet égard. Cette partie du livre mérite d'être particulièrement signalée; c'est qu'en effet, la procédure à suivre pour faire valoir les droits à la retraite, est déterminée depuis le premier acte jusqu'au dernier; des tableaux et des formules tirées des différentes administrations complètent les renseignements donnés au texte, en projetant sur eux une vive lumière. Puis, après nous avoir entretenus des pensions régies par la loi du 9 juin 1853, M. Bavelier aborde les pensions de retraite réglementées par diverses lois, telles que celles concernant les ministres, les sous-secrétaires d'État, les membres du Conseil d'État, les préfets, les pensions des employés des bureaux du ministère de la Marine et des colonies, et des employés du Sénat et de la Chambre des députés, des employés et ouvriers de l'Imprimerie nationale, des employés commissionnés des chemins de fer de l'État et des établissements généraux de bienfaisance.

Il n'a eu garde d'omettre les pensions de retraite diverses accordées à titre d'indemnité ou de récompense nationale; les pensions ecclésiastiques, et les règlements des anciennes caisses de retraites supprimées lors de la loi du 9 juin 1863. Signalons encore l'exposé du régime en vigueur pour les pensions mises à la charge des départements, des communes et de certaines administrations soumises à la surveillance de l'État. Des explications très précises sont fournies sur l'organisation et le fonctionnement des caisses de retraites du département de la Seine. — Enfin, M. Bavelier termine son premier volume par un exposé lumineux des caisses de retraites des employés des grandes compa-

Digitized by Google

gnies de Chemins de fer, de la Banque de France, du Crédit foncier et des artistes et employés de l'Opéra et du Théâtre Français.

Le second volume, auquel nous parvenons, est relatif aux pensions des militaires et des marins.

L'auteur suit ici le même plan logique qu'il avait adopté pour son premier volume, et, comme il l'a fait pour les pensions civiles, il commence par s'occuper des lois qui régissent ce nouveau sujet d'étude; puis il arrive à la loi du 11 avril 1831 sur les pensions de l'armée de terre et du 18 du même mois sur celles de l'armée de mer, toutes deux modifiées par un certain nombre de dispositions postérieures. Le dernier état de la législation et de la jurisprudence est dressé, comme dans le tome précédent, avec une scrupuleuse exactitude. Les lois de 1879 et de 1881, qui ont réglé les pensions des sous-officiers et des officiers, n'échappent pas au contrôle de ses investigations. Il énumère ensuite et explique avec une grande clarté les différentes sortes de pensions auxquelles peuvent avoir droit les militaires et les marins, les pensions à titre d'ancienneté, les pensions proportionnelles ou pour blessures et infirmités, les règlements concernant les pensionnaires de l'Hôtel des Invalides, la loi du 18 août 1881, qui a remédié à la situation fâcheuse d'anciens serviteurs de l'État, dont les pensions avaient été liquidées sur des tarifs d'une insuffisance évidente. — Dans une dernière partie se trouvent exposées les règles sur les pensions à titre de réforme ou de demi-solde pour les marins faisant partie du personnel de l'inscription maritime. — Pour chacune de ces pensions si diverses, la nature des services admissibles, leur durée nécessaire, l'âge de mise à la retraite pour les différents grades, le bénéfice des campagnes et des blessures, les droit des veuves et orphelins, sont matières à chapitres distincts qui peuvent être consultés avec autant de facilité que d'utilité et de profits. — Ajoutons que des tableaux comprenant tous les grades, permettent de connaître le taux de la pension de chaque titulaire et les augmentations que peuvent apporter chaque année de campagne et les blessures, suivant leur gravité. Enfin, de même que pour les fonctionnaires civils, pour ceux de l'armée, la procédure à suivre pour arriver à la liquida-

Digitized by Google

tion de la pension et les pièces à fournir sont très soigneusement indiquées, ainsi que les décisions intervenues sur ce point.

Telle est, dans son ensemble, l'œuvre éminemment pratique de M. Bavelier. Ce qui la distingue à nos yeux et en fait le principal mérite, c'est que son savant auteur ne s'est pas contenté de réunir, sur les sujets multiples dont il a abordé l'examen, des documents épars et disséminés dans un nombre considérable de volumineux recueils; non : il s'est, par dessus tout, attaché à dissiper les obscurités, à définir nettement les droits que les divers intérêts en jeu peuvent avoir à revendiquer, au moyen de cette rigueur inflexible de méthode, de cette limpidité et de cette précision remarquable de renseignements qui ont fait le succès du *Dictionnaire de droit électoral*, de l'*Essai historique sur le droit d'élection et sur les anciennes assemblées représentatives de la France*, enfin *Des rentes sur l'État français*.

Aussi bien, les services importants qu'est appelé à rendre à un grand nombre le *Traité des pensions civiles et militaires*, suffisent à lui assurer la même bonne fortune qu'à ses devanciers. Nous ne saurions mieux faire que de lui souhaiter ici une carrière aussi brillante, une destinée aussi légitimement heureuse.

P. LOUIS-LUCAS.

L'Editeur-Gérant : F. PICHON.

Paris. — Imp. F. Pichon, 30, rue de l'Arbalète, et 24, rue Soufflot.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

JURISPRUDENCE CIVILE

CONTRAT DE MARIAGE. — CONTRATS A TITRE ONÉREUX. — HYPOTHÈQUES.

(Arrêts recueillis pendant l'année 1886),

Par M. J.-E. Labbé, professeur à la Faculté de droit de Paris.

Les arrêts, que nous avons relevés dans les recueils publiés en 1886, se réfèrent à la matière du contrat de mariage, à l'assurance contre l'incendie, à la publicité de la propriété foncière et aux hypothèques. Nous les examinerons dans cet ordre.

Cassation Ch. des req. 14 avril 1886 *J. P.* 1886. 1. 705.

Les donations mobilières, faites par un mari commun en biens à son enfant d'un premier mariage, donnent-elles toutes lieu à récompense? Ou seulement celles qui ont le caractère d'une constitution de dot? Que décider relativement à des sommes données pour acheter un établissement de commerce, pour compléter le prix d'achat d'un immeuble et pour payer la prime du volontariat?

Avant de citer les textes du Code civil et d'indiquer la décision de la jurisprudence, nous chercherons les solutions législatives que l'on peut concevoir.

1° Cette donation particulière doit d'abord, semble-t-il, être régie par les règles générales des donations mobilières permises au mari chef de la communauté. Quelles sont parmi ces donations, celles qui motivent une récompense?

Un mari donne des valeurs mobilières dépendant de la communauté. Qui est-ce qui donne ? Est-ce la communauté, c'est-à-dire le mari et la femme en tant que communs? Est-ce le mari seul qui puise dans la caisse de la communauté pour réaliser une libéralité personnelle? Cela est important à décider, au point de vue de l'avenir, au point de vue de la réunion fictive ou du rapport réel des biens donnés à une masse sucessorale. Dans le premier cas, la donation émanant de la communauté, la femme, si elle accepte la communauté, aura été donatrice pour moitié; la moitié de la donation sera réunie ou

Digitized by Google

rapportée à sa succession. Dans la seconde hypothèse, la donation sera toujours et exclusivement réunie ou rapportée à la succession du mari unique donateur. Cette observation tranche la question de récompense à la communauté; inutile dans le premier cas, elle doit être effectuée dans le second. Le mari ne peut distraire des valeurs de la masse commune pour augmenter sa propre succession, sans devoir une restitution à la communauté.

Appliquant ce système à la donation reçue par l'enfant d'un premier lit, on dira : Le mari binube, lorsqu'il gratifie en biens dépendant de la communauté du second mariage un enfant issu du premier, fait une donation qui, à moins de déclaration contraire, émane de lui seul, est rapportable à sa seule succession; il doit récompense.

2° Considérant en elle-même la libéralité adressée à un enfant d'un premier lit, on peut y trouver une autre raison de récompense. Le père a des devoirs au moins naturels envers ses enfants; il doit, quand il a de la fortune, pourvoir à leur établissement, les mettre à même de mener une existence conforme à leur position sociale. Ce devoir est moral et non juridique; mais enfin il existe. Le mari commun en biens avec une nouvelle épouse, par une libéralité empruntée à la communauté, procure un établissement à un enfant d'un précédent mariage; il acquitte une dette personnelle; il doit rendre à la communauté ce que celle-ci lui a prêté afin qu'il pût remplir un devoir dont seul il est tenu.

3° L'établissement par mariage est le plus souhaitable, le plus fréquent; c'est celui dont le législateur doit particulièrement s'occuper. Il faut trouver une combinaison qui permette au mari de doter ses enfants d'un premier lit sans nuire à sa nouvelle épouse et aux héritiers de celle-ci. Récompense est due à la communauté des sommes qui ont servi à doter un enfant que le mari a eu d'une union antérieure.

Le législateur peut donc, en notre hypothèse, avoir trois motifs d'ordonner une récompense : 1° C'est dans la succession du mari que compteront les biens donnés. 2° La communauté ne doit pas supporter le poids des dettes personnelles à un époux. 3° Une

Digitized by Google

constitution de dot est la libéralité à laquelle le mari sera le plus enclin au profit de ses enfants d'un premier lit.

Les conséquences de ces différents motifs sont faciles à déduire :

Le premier attache une dette de récompense à toute donation faite par un mari binube, en son nom, à un enfant d'un premier lit, et prise sur les biens de la communauté du second mariage.

Le second n'impose la récompense qu'aux libéralités ayant pour but l'établissement de l'enfant gratifié.

Le troisième restreint l'obligation de récompense à l'hypothèse d'une constitution dotale.

Quelle a été la volonté de notre législateur? Quelles sont les dispositions du Code civil?

L'art. 1469 porte : « chaque époux rapporte... la valeur des « biens que l'époux y a pris pour doter un enfant d'un autre « lit... » — Si l'article est entendu dans un sens limitatif, la dot seule, constituée à un enfant d'un autre lit, entraîne une récompense. Une donation à cet enfant déjà marié, n'ayant pas le caractère de dot, n'a pas le même effet (Cass. 23 juin 1859, Sir. 1869. 1. 358). A plus forte raison une donation à un autre parent du mari, fût-ce un successible du donateur, n'est pas soumise à récompense (Cass. 30 avril 1862, Sir. 1862. 1. 1036). — Mais il est possible de ne voir dans l'art. 1469 que l'indication d'un exemple du rapport à la communauté. L'article ne serait pas limitatif, il devrait être combiné avec le principe général des récompenses.

L'art. 1437 qui formule ce principe est ainsi conçu : « Toutes « les fois qu'il est pris sur la communauté une somme pour « acquitter les dettes ou charges personnelles à l'un des époux... « récompense est due. » — La constitution de dot est un des moyens, le plus usuel, d'acquitter la dette personnelle du père envers un enfant né d'une précédente union, mais ce que le père doit, c'est pourvoir à l'établissement par mariage ou autrement, art. 204, 1427, 1555, C. civ. La donation pour l'achat d'un office, d'une maison de commerce, pour la création d'une usine doit donc être assimilée à une dot. Tel est l'esprit de l'arrêt à

Digitized by Google

propos duquel nous traitons la question. Il peut se concilier avec les arrêts antérieurs de la Cour de cassation. Point de récompense à raison d'une libéralité faite à un enfant déjà marié, doté, établi, mais récompense pour toute donation, dot ou autre, relative à l'établissement d'un enfant d'un premier lit. Voy. la remarquable note de M. Beudant, Dalloz sous l'arrêt précité de 1869. 1870. 1· 5.

Cette note, grâce à son argumentation vigoureuse, a vraisemblablement contribué à faire admettre une interprétation extensive de l'art. 1469 combiné avec l'art. 1437, C. civ.

L'art. 1437 fournirait un argument pour ériger un système beaucoup plus large; c'est celui vers lequel nous pencherons.

L'art. 1469 serait réduit purement à la valeur d'un exemple. Lisons la fin de l'art. 1437 : « Toutes les fois qu'un des « époux a tiré un profit personnel des biens de la communauté, « il en doit récompense. » Nous croyons que le mari retire un profit personnel lorsqu'il fait une donation qui sera réunie ou rapportée uniquement à sa succession. Il augmente son avoir, le patrimoine sur lequel sera calculée sa quotité disponible. Récompense est due à la communauté, c'est-à-dire à la femme, si elle accepte la communauté. Il est certain qu'un époux, le mari notamment, peut, avec les valeurs communes, réaliser un bienfait dont il sera considéré comme unique auteur. La loi le déclare à l'occasion d'une dot constituée à un enfant commun. Cette dot peut être, soit un bienfait de la communauté, des deux époux en tant que communs, soit une libéralité personnelle d'un époux (art. 1439, 1469, C. civ.). En ce dernier cas une récompense est la suite nécessaire de ce que le communauté a fourni l'aliment d'une libéralité propre à un époux, c'est-à-dire rapportable fictivement ou réellement à la seule succession de cet époux donateur. Une donation accomplie par le mari en biens communs est-elle faite en son nom exclusif ou au nom des époux associés ? C'est une question de fait et de volonté. La donation à un enfant d'un premier lit sera-t-elle présumée, jusqu'à preuve du contraire, une libéralité propre à l'époux binube? Cela n'est pas déraisonnable. En admettant cette distinction, nous ne faisons qué généraliser les dispositions de la loi concernant

Digitized by Google

les enfants du mariage auquel la communauté appartient. Nous nous rapprochons de notre ancienne jurisprudence dont les rédacteurs de l'art. 1437 nous paraissent s'être inspirés. Nous ne désespérons pas d'entraîner dans cette voie M. Beudant dont l'appui serait si précieux. La solution contenue dans l'arrêt de 1862, qui n'a pas assujetti à récompense une donation faite par un mari à sa sœur sa successible, doit-elle être rejetée absolument et *a priori?* Non. La qualité de successible du mari chez le donataire ne tranche pas la question de savoir si la donation émane du mari ou de la communauté. Elle n'aura d'importance qu'après cette première question tranchée.

L'arrêt de la chambre des requêtes de 1886, en admettant la dette de récompense pour une donation destinée à procurer un établissement, sans être une constitution dotale, même, pour une donation assez éloignée du but d'un établissement (prime de volontariat), nous paraît avoir rendu le grand service de rompre le cercle où l'art. 1469 aurait pu renfermer la jurisprudence et d'élargir les termes du problème. Reste à formuler un principe de décision. Nous avons exposé le nôtre.

Poitiers 21 mai 1884. *J. P.* 1886. 1. 472.

Une communauté a été partagée; des reprises avaient motivé des prélèvements préalables; un époux se plaint d'avoir été lésé de plus d'un quart et demande la rescision. La lésion doit-elle être calculée sur l'ensemble des attributions faites à cet époux tant pour ses reprises que pour sa part dans la communauté?

Cette question est vivement controversée. Une Cour d'appel (Orléans, 12 août 1881, sous Cass., 13 août 1883; Sir. 1884. 2. 289) a décidé que la lésion devait être calculée uniquement sur les lots attribués aux époux ou leurs représentants en tant que communs ou associés. Par une cassation, la Cour régulatrice a statué en sens contraire. La rescision ne sera prononcée que si l'époux demandeur a été lésé de plus du quart sur l'ensemble des attributions à lui faites, soit en qualité de commun, soit en qualité de créancier de reprises. La Cour de Poitiers saisie de la question sur renvoi s'est ralliée à l'opinion de la Cour suprême. (Voyez dans le même sens : Paris, 2 mars 1874;

Digitized by Google

Sir. 1874. 2. 167; — Bourges, 13 juin 1877 sous Cass., 21 juillet 1880; Sir. 1881. 1. 151).

Pauvres plaideurs! cinq des arrêts précités ont été rendus dans la même affaire. La dissolution de la communauté remonte à la date du 13 nov. 1861, le débat a éclaté en 1875 et le partage n'était pas encore définitivement accompli en 1884.

M. Esmein a donné son adhésion à la solution consacrée par la Cour suprême et a montré, d'une façon très ingénieuse, comment cette décision se concilie avec le système que la même Cour a fait prévaloir depuis 1862 sur la nature des prélèvements, à savoir que les époux sont créanciers et non copropriétaires à raison de leurs reprises. Le prélèvement autorisé par l'art. 1471, C. civ., est non pas la conséquence d'un droit de propriété, mais une sorte de dation en paiement pour l'extinction des dettes de la communauté envers les époux. Malgré ce caractère de créance et de paiement, les prélèvements n'en sont pas moins une des opérations du partage. Les comptes que des cohéritiers peuvent se devoir donnent aussi lieu à des prélèvements, art. 828, 829, 830, C. civ. Ce sont, non de simples préliminaires, mais de véritables incidents du partage et l'effet déclaratif ou rétroactif de l'art. 883 s'y applique.

Nous regrettons de ne pouvoir point nous ranger purement et simplement à l'opinion qui semble prépondérante et d'après laquelle les prélèvements entrent dans le calcul de la lésion. Cette opinion donne une plus grande stabilité au partage de communauté; elle diminue les chances de rescision pour lésion. Les prélèvements serviront peut-être à réparer la lésion éprouvée par une partie dans le partage proprement dit. C'est un avantage. L'opinion implique aussi que les prélèvements sont en eux-mêmes soumis à la règle de la rescision pour lésion. Cela n'a rien d'anti-juridique. La réparation d'une erreur grave, même par voie de nullité, est concevable dans beaucoup d'actes juridiques commutatifs. Toutefois, la loi présente la lésion comme une cause exceptionnelle de rescision entre majeurs (art. 1118); il importe donc de préciser les actes soumis à cette cause de nullité.

La lésion de plus du quart est une cause de rescision des par-

Digitized by Google

tages. Les partages sont des actes qui font cesser l'indivision. Les prélèvements à titre de reprises commencent à faire cesser l'indivision, à tel point qu'ils peuvent épuiser la masse indivise. Avec ces seules données, on peut soutenir que les époux ont le droit de se plaindre d'avoir été lésés de plus du quart, soit dans la dation en paiement de leurs reprises par prélibation de biens en nature, soit dans la part qu'ils reçoivent en tant que communs, et que le calcul doit se faire sur la totalité des attributions qui leur sont faites à l'un ou l'autre de ces deux titres. La conséquence logique est que si les reprises des deux époux sont assez considérables pour absorber la masse des biens communs, la rescision pour lésion peut encore être applicable. L'indivision a cessé par des attributions en pleine propriété à chacun des communistes. Il y a partage dans le sens large du mot; quoique ce ne soit pas le partage égal entre époux associés dont parle l'article 1474, C. civ., il ne serait pas raisonnable de subordonner la rescision pour lésion réputée applicable aux prélèvements à la circonstance qu'il y a eu un excédent d'actif net à diviser également. Cette circonstance ne change rien à la nature des prélèvements qui sont ou ne sont pas des opérations de partage. Le motif de la rescision dans le système ainsi conçu serait, non pas le désir de pourvoir à l'égalité, de combattre les erreurs trop graves qui la détruisent, mais uniquement la volonté plus large de réparer les erreurs d'une certaine gravité dans les opérations entre copropriétaires, opérations qui excluent l'idée de spéculation et qui n'ont qu'un but, faire cesser entre eux l'indivision par une distribution exacte, qu'ils soient créanciers de reprises à exercer sur la masse ou coïntéressés dans une masse commune. Ce principe suivi dans toutes ses conséquences ne choque pas la raison. Toutefois il s'écarte d'idées reçues.

Pour beaucoup de juristes le partage doit recevoir une définition plus étroite et plus précise. Non seulement il fait cesser une indivision, mais il la fait cesser entre les copropriétaires par la substitution de parts divises à des parts indivises. Le partage est en corrélation essentielle avec la copropriété, le concours de droits semblables sur des portions aliquotes dont il transforme la nature et l'objet. Quiconque agit sur une masse comme créancier,

Digitized by Google

eût-il droit à un prélèvement en nature, n'est pas un copartageant. Cette manière d'entendre le partage restreint la portée de l'action en rescision pour lésion. Les prélèvements font cesser l'indivision mais ils ne transforment pas la propriété d'indivise en divise. D'autres créanciers de la masse pourraient aussi recevoir en paiement des biens indivis. L'indivision cesserait. L'opération ne serait pas un partage. Les époux ont le droit d'exiger ce paiement en nature; voilà uniquement ce qui les distingue de tiers créanciers.

Après tout, n'insistons pas outre mesure. La rescision pour lésion s'adapte rationnellement à tout acte commutatif vicié par une erreur. Il suffit de se fixer sur la définition du partage rescindable aux termes de l'art. 887, C. civ. Admettons que le partage soit, non seulement l'acte qui entre copropriétaires convertit la copropriété en propriété complète et divise, mais encore tout acte qui fait cesser l'indivision entre coïntéressés. Voyons-en les conséquences.

Ce principe une fois admis, ne peut pas être réservé à la communauté entre époux; il faut l'étendre aux successions. Les arrêts invoquent en effet des articles écrits en vue du partage des hérédités. Il est vrai qu'à notre avis, c'est une illusion. Ces articles ne fournissent pas d'argument. Ils ne prévoient pas notre question. Cependant la difficulté est la même dans une matière et dans l'autre. Elle doit être résolue de même.

Le mot prélèvement n'a pas toujours le même sens, on a cru que la rencontre de ce mot prouvait l'existence et la solution de notre question. C'est ce que nous nous permettons d'appeler une illusion.

Le rapport en moins prenant de la part d'un héritier donne lieu à un prélèvement de la part des autres. C'est incontestablement une opération de partage dans la conception la plus rigoureuse du partage. L'héritier tenu du rapport devrait l'effectuer réellement, grossir la masse qui serait ensuite également divisée. Il est dispensé du rapport effectif; il est comme loti par avance du montant de la valeur rapportable. Le prélèvement exercé par les autres est un lotissement qui égalise les situations. Ce prélèvement a été imaginé pour rendre encore possible, et sans

Digitized by Google

l'inconvénient d'un morcellement extrême, le tirage au sort, mode d'attribution qui a les préférences de la loi. L'expression *prélèvement* n'indique pas ici une opération préliminaire, préalable au partage; elle indique un commencement de partage qui précède le tirage au sort. Ce sont des droits de propriété qui s'exercent et non pas des droits de créance.

A propos d'une hérédité indivise notre difficulté peut néanmoins s'élever, voici en quelle hypothèse : un des héritiers, a, pendant l'indivision, fait de ses deniers une réparation nécessaire à un bâtiment héréditaire. Il est créancier de la somme par lui dépensée et qui a servi à conserver un bien de la succession. Cette créance doit être acquittée par la masse; c'est une reprise qui donne lieu à un prélèvement. Puis le partage s'effectue. L'héritier reçoit donc d'abord des biens en paiement de son avance conservatoire et en outre des biens pour sa part dans la succession. Il demande la rescision pour lésion. Faudra-t-il, pour qu'il réussisse, qu'il ait été lésé de plus du quart sur l'ensemble de ce qu'il devait recevoir et à titre de créancier et à titre de communiste? Nous n'avons aucun texte légal sur la question. Mais si la jurisprudence repose sur un principe exact, elle doit être observée dans cette hypothèse comme en partage de communauté. La raison est la même. La dation en paiement de la reprise, le prélèvement n'est ni plus ni moins en dehors du partage dans un cas que dans l'autre. Les arrêts ont cru pouvoir argumenter des dispositions de la loi successorale; nous croyons que c'est une erreur. Les art. 828, 829, 830 n'ont rien de décisif. Mais nos arrêts introduisent et tracent une règle applicable à toutes les masses indivises à partager après des comptes respectifs entre les co-intéressés.

Des jurisconsultes très préoccupés de l'égalité entre cohéritiers ou copartageants, seront peut-être choqués de voir que l'importance de la lésion nécessaire pour obtenir la rescision ne sera pas calculée de même à l'égard de chaque partie. Un héritier lésé de plus du quart sur son lot héréditaire proprement dit ne pourra pas, comme son cohéritier, obtenir la rescision parce que, sur un prélèvement à titre de créancier de la masse dont il bénéficie en même temps, il n'aura pas été lésé dans la même proportion.

Digitized by Google

L'objection serait détruite, tout en maintenant la décision de la jurisprudence, si l'on appliquait séparément à chaque opération de partage le principe de la rescision pour lésion. Le prélèvement est une opération de partage. La distribution des lots dans la mesure des droits indivis est une opération distincte. La lésion de plus du quart sur le prélèvement, à titre de créancier d'une part, la lésion de plus du quart sur le lot obtenu à titre de copropriétaire d'autre part sont des causes distinctes de rescision, à moins que la lésion ne soit réparée en argent.

Ce calcul de la lésion serait facile à pratiquer, lorsque le partage proprement dit a lieu par la voie du tirage au sort comme cela est de règle. Les prélèvements sont alors tout à fait séparés. Mais il serait embarrassant lorsque des abandonnements directs servent à donner satisfaction à chaque intéressé a la fois et en tant que créancier, et en tant que copropriétaire.

Cette méthode de calcul, en outre, ne répondrait pas au désir probable des magistrats qui ont voulu rendre la rescision, chose fâcheuse, plus difficile et plus rare. Mais ce vœu n'a rien de juridique. On comprend que l'équité conseille de compenser une erreur profitable, une estimation trop faible sur les biens donnés en paiement de reprises, avec une erreur préjudiciable, une estimation trop forte des biens formant le lot du communiste; mais il ne paraît pas juste qu'un époux, un cohéritier lésé de plus du quart dans le partage de l'actif net de la communauté ou de l'hérédité, ne soit pas en droit de faire rescinder le partage, parce qu'il n'a pas subi une aussi grave lésion sur une dation en paiement à lui faite en qualité de créancier.

En cette matière de la réparation des erreurs commises, le législateur a pu faire tout ce qu'il a voulu. Le maintien d'un acte infecté d'une erreur manifeste peut répondre à l'intérêt social, à un intérêt de stabilité ; mais il n'est certes pas commandé par une raison de justice. L'interprétation des textes comporte donc une assez grande liberté. C'est pourquoi nous avons tenu surtout à envisager le problème sous tous ses aspects.

Cassation, Ch. civ. 17 fév. 1886. *J. P.* 1886. 1.385.

Des biens dotaux sont-ils inaliénables, imprescriptibles,

Digitized by Google

quoique leur administration et leur jouissance aient été par le contrat de mariage réservés à la femme?

La solution affirmative consacrée par la Cour de cassation ne ferait pas doute, s'il était permis aux particuliers d'affecter par contrat leurs biens d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité; mais au contraire la doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour proclamer en principe que « l'aliénabilité ou l'inaliénabilité des biens, « de même que la capacité ou l'incapacité des personnes sont des « matières d'ordre public qui ne sauraient être modifiées par des « dispositions particulières [1]. » Ce principe s'applique au contrat de mariage malgré la faveur qu'inspirent et le mariage et le contrat qui en détermine le régime pécuniaire. L'art. 1387, qui accorde aux parties la liberté de faire leurs conventions matrimoniales comme elles le voudront, doit, selon nous, être interprété comme exceptant de cette liberté non-seulement les conventions contraires aux bonnes mœurs (il le dit expressément), mais encore les conventions contraires à l'ordre public, à l'intérêt social. Si le Code avait gardé le silence, l'inaliénabilité des immeubles dotaux n'aurait pas pu être convenue. C'est dans cette intention prohibitive qu'un premier projet s'abstenait de parler du régime dotal. Les pays de droit écrit réclamèrent; on crut leur donner satisfaction en introduisant un article qui permettait d'établir l'inaliénabilité dotale par une clause expresse. Les représentants des pays méridionaux demandèrent et obtinrent davantage. L'adoption du régime dotal entraîne l'inaliénabilité des immeubles constitués en dot à moins qu'une clause expresse ne l'exclue, art. 1554, 1557, C. civ. Cet ensemble de faits et de dispositions nous autorise à penser que le contrat de mariage demeure sous l'empire du principe qui ne permet pas à un donateur d'imposer, encore moins aux époux d'établir conventionnellement l'inaliénabilité des biens.

Si cette manière de voir est exacte, la question est bien près d'être résolue. L'inaliénabilité dotale est une exception; elle ne doit pas être étendue. Comment se circonscrit et se motive l'exception? Il est permis de frapper d'inaliénabilité les immeubles,

[1] Demol. *Don. et test.*, t. 2, n° 291. Comp. M. Bartin, *Théorie des condit. impossibles, illicites*, p. 164.

Digitized by Google

les biens dotaux. La dot est ce que la femme apporte au mar pour le support des charges du mariage, art. 1540, C. civ. Les biens dont la femme conserve l'administration et la jouissance sont-ils des biens dotaux? Non point dans le langage de la loi qui est le langage traditionnel. Le législateur n'appelle pas dot la contribution de la femme aux charges du mariage, si cette contribution est prise par elle et fournie sur les revenus des biens dont la femme a conservé l'administration et la jouissance. Le bien dotal est un bien dont le mari a la jouissance, perçoit les revenus pour les appliquer aux charges du mariage.

L'histoire confirme ce premier aperçu tiré des textes. La prohibition d'aliéner a été introduite pour protéger la femme contre le mari. Sous l'empire de la loi Julia l'aliénation était valable si la femme y avait consenti. On supposait que la femme aurait assez d'énergie pour ne pas consentir à une aliénation contraire à son intérêt. Justinien a voulu protéger la femme non seulement contre la volonté et le désir propre du mari, mais encore contre l'influence et l'ascendant du mari. Il a craint que la femme n'approuvât l'aliénation par suite de son état de dépendance. La femme est protégée contre elle-même, contre sa soumission, sa faiblesse. Cette préoccupation est manifeste dans la législation de Justinien qui déclare absolument nulle une obligation que la femme contracterait dans l'intérêt de son mari. Un changement dans les mœurs explique cette transformation du droit. La femme romaine a une grande force de résistance à l'égard de la volonté maritale ; la femme chrétienne est plus soumise, plus renfermée dans une mission intérieure, plus portée à voir les choses du dehors par les yeux de son mari.

L'inaliénabilité a été étendue aux immeubles de la donation *propter nuptias*, mais ce sont encore des biens dont le mari a l'administration et la jouissance, quoiqu'il n'en ait pas la propriété.

Il est vrai qu'après la séparation des biens judiciairement prononcée, l'inaliénabilité subsiste, art. 1554, 1561, 1563, C. civ. De cette disposition résulte l'argument le plus fort dans le sens de l'opinion admise par la Cour de cassation. Le mari n'administre plus. Ce n'est plus lui qui aura cherché l'occasion, négocié les

Digitized by Google

conditions d'une aliénation. Ce n'est plus lui qui touchera le prix. On ne peut plus craindre que le mari use et abuse de son ascendant pour obtenir l'adhésion de sa femme à une affaire qu'il n'a pas conçue et entreprise. Cependant le bien demeure inaliénable. Si la femme séparée judiciairement peut, en vertu du contrat de mariage, être incapable d'aliéner un bien dont elle a l'administration et la jouissance, pourquoi la femme qui se marie sous le régime de séparation de biens ne pourrait-elle point, par une clause d'inaliénabilité insérée dans le contrat de mariage assurer la conservation de sa fortune, destinée elle aussi à la subsistance de la famille? Quelle raison de différence y a-t-il selon que l'état de séparation de biens a existé dès l'origine ou est survenu pendant le cours du mariage?

L'argument est spécieux; il ne paraît pourtant pas avoir entraîné la Cour de cassation; cette Cour ne l'invoque pas.

Voici la réponse qui peut lui être opposée. La séparation de biens judiciaire est un accident regrettable qui doit modifier le moins possible le régime établi par le contrat de mariage. Elle amène des situations extraordinaires qu'il ne serait pas bon de constituer dès le principe. Le régime initial de séparation de biens et le régime dotal sont des régimes qui répondent à des préoccupations, à des situations différentes.

La femme qui stipule la séparation de biens est une femme de tête, d'énergie, d'expérience, qui a déjà eu le gouvernement d'une fortune. Elle n'a pas besoin d'être protégée contre l'influence de son mari. La femme dotale est une femme inexpérimentée en affaires, qui confie sa fortune à son mari sous l'égide de l'inaliénabilité; elle ne saurait résister à son mari qui exerce toute initiative, elle se lie les mains pour n'être pas victime de sa facilité à consentir ou de son ignorance. La séparation de biens judiciaire est destinée à la sauver du désordre où sont tombées les affaires du mari; elle ne la transforme pas; elle ne lui donne pas les qualités qui lui manquent; elle ne l'affranchit pas de ses habitudes de déférence à l'égard d'un mari, homme d'entreprises et de ressort, réputé peut-être plus malheureux qu'incapable. La femme sera en butte à des sollicitations d'autant plus pressantes que le mari a plus compromis son avoir. La loi main-

Digitized by Google

tient les dispositions du contrat de mariage en tout ce qu'il n'est pas nécessaire de changer. S'il en était autrement, si l'inaliénabilité disparaissait, la séparation de biens pourrait être concertée pour rendre possible une aliénation qui serait suivie du rétablissement du régime primitif. La justice ne serait pas toujours en état d'éviter la fraude, Arg., art. 1451, C. civ.

On ne doit donc pas, selon nous, argumenter d'une hypothèse à l'autre.

La Cour de cassation a déduit d'une inaliénabilité conventionnelle, appliquée à des biens ne méritant pas la qualification de biens dotaux, la conséquence de l'imprescriptibilité. Cette solution surtout nous paraît anti-juridique, ainsi qu'à notre collègue M. Lyon-Caen (note au *J. du Pal.*). L'imprescriptibilité est bien plus encore que l'inaliénabilité sonstraite à la liberté des conventions; elle appartient essentiellement à la loi. Elle n'est pas la suite nécessaire d'une prohibition d'aliéner valablement établie. Les biens dotaux continuent à être inaliénables après la séparation de biens; ils cessent d'être imprescriptibles, art. 1561, C. civ.

Nous doutons que la Cour de cassation ait dans cette hypothèse fait marcher la jurisprudence dans un sens conforme aux tendances les plus raisonnables de l'opinion publique. Le régime dotal, qui rend les biens dotaux inaliénables et insaisissables, a dans ces derniers temps surtout abouti à des conséquences funestes et iniques. Il conviendrait législativement de le modifier et de le restreindre. Le moment n'est pas bien choisi pour l'étendre.

Cassation, Ch. civ. 2 déc. 1885. *J. P.* p. 225.

Une femme mariée sous le régime dotal, séparée judiciairement de biens de son mari, a besoin de l'autorisation de son mari ou de justice pour opérer le remploi du prix d'un immeuble dotal, vendu sur saisie, par achat d'un autre immeuble conformément aux clauses du contrat de mariage; cet acte dépasse les limites de la simple administration.

La capacité de la femme séparée de biens est un problème difficile à résoudre. Ce n'est pas que les articles de loi fassent défaut; au contraire, le législateur est revenu à plusieurs fois sur

Digitized by Google

le même sujet et chaque fois se servant d'expressions différentes, il semble avoir voulu diversifier une situation qui pourrait être toujours la même et il embarrasse les interprètes par le grand nombre de documents qu'il leur fournit.

L'art. 1449, seul cité dans l'arrêt dont la doctrine précède, nous dit : « la femme séparée de biens en reprend la libre « administration ; elle peut disposer de son mobilier et l'aliéner ; « elle ne peut aliéner ses immeubles sans l'autorisation de son « mari et, à son refus, de la justice. » Nous remarquons le mot *libre* préféré au mot *pur* employé dans l'art. 484, C. civ. La loi, par l'opposition entre le mobilier et les immeubles, veut-elle restreindre à l'aliénation de ceux-ci la nécessité de l'autorisation maritale ? Il n'est rien dit d'acquisition à faire en remploi et, par conséquent, à titre onéreux.

Les art. 1536 et 1538 règlent en d'autres termes la situation de la femme contractuellement séparée de biens : « elle conserve « l'entière administration de ses biens, meubles et immeubles et « la jouissance libre de ses revenus ; elle ne peut aliéner ses « immeubles sans autorisation de son mari ou de justice. » La faculté d'aliéner son mobilier ne lui est pas reconnue, mais elle paraît résulter en sa faveur *a contrario* de ce que la loi ne parle d'autorisation qu'à propos de l'aliénation des immeubles. Cette fois encore il n'est rien dit relativement aux acquisitions que la femme voudrait faire, fût-ce en remploi ; ce silence est-il intentionnel ?

La femme dotale qui a des paraphernaux est comme séparée quant à ces biens. Lisons l'art. 1576 : « La femme a l'adminis- « tration et la jouissance de ses biens paraphernaux. (Les « épithètes *libre, entière* ne sont pas reproduites). Elle ne peut « les aliéner sans l'autorisation de son mari ou de justice. » Le Code ne fait plus ici de distinction entre les meubles et les immeubles.

Les articles rattachés aux différents régimes ne font donc qu'engendrer le doute par leurs nuances. Un moyen d'arriver à quelque certitude consiste à les négliger et à prendre uniquement ses inspirations dans les dispositions de principe écrites sur l'autorisation maritale à propos du mariage, c'est-à-dire de l'union

Digitized by Google

des personnes, art. 215 et 217. L'autorité maritale découle du mariage seul ; elle est indépendante du régime pécuniaire adopté par les époux. L'art. 217 traduit cette pensée en statuant de même sur la femme commune, non commune ou séparée de biens. La nécessité de l'autorisation est une conséquence de l'autorité à laquelle la femme est soumise. Cette autorité maritale s'exerce sur la disposition des biens — capitaux, aliénation ou acquisition; elle ne s'applique pas aux actes d'administration et aux revenus. Le régime adopté par les époux détermine en toute liberté à qui appartient l'administration des biens de la femme, précisément parce que l'autorité maritale ne s'étend pas à cette administration. — Est-ce au mari que l'administration est confiée. La femme ne peut accomplir un acte d'administration que comme mandataire. Toute idée d'autorisation maritale disparaît. — Est-ce d'après le régime la femme qui conserve, ou d'après une décision de justice la femme qui recouvre l'administration de ses biens? Elle l'exerce, sans être soumise pour aucun des actes que l'administration comporte, à l'autorité de son mari. Dès que l'acte dépasse les limites de l'administration, l'autorité maritale exerce son empire sans aucune distinction entre les régimes matrimoniaux adoptés ou établis. Nous interprétons en ce sens l'art. 223 qui s'explique sur la validité d'une autorisation générale. Une autorisation générale ne serait que l'abdication du droit d'autoriser ou l'oubli du devoir de protéger. Elle ne vaut que pour l'administration, parce que l'administration est en dehors de l'autorité maritale. La convention des parties est impuissante à modifier les effets de l'autorité maritale qui est d'ordre public. La convention est maîtresse du règlement de l'administration parce que l'administration échappe à cette autorité. Il y a dans ce système une base simple et solide pour les décisions d'espèce. Les divergences des art. 1449, 1538, 1561 deviennent indifférentes. Les deux premiers de ces articles ne subordonnent à l'autorisation que l'aliénation des immeubles; qu'importe? L'art. 217 ne fait pas de distinction entre les meubles et les immeubles. Les art. 1449, 1538, 1561 ne parlent que d'aliénation. L'emploi d'un capital, qui est arrivé aux mains de la femme par un acte nécessaire et non volontaire (une

Digitized by Google

saisie, un paiement), est-il une aliénation? Nous n'avons pas à le rechercher. L'emploi d'un capital aboutit à l'acquisition d'un capital et l'art. 217 assimile l'acquisition à l'aliénation.

Placé à ce point de vue on comprend et on approuve la jurisprudence de la Cour de cassation. Cette cour a seulement oublié d'indiquer son meilleur point d'appui, l'art. 217. La femme séparée ne peut, malgré les termes généraux de l'art. 1449, disposer de son mobilier que pour les besoins de l'administration (arrêt du 30 déc. 1862, J. P. 1863, 946). L'acquisition d'un immeuble en remploi du prix d'un immeuble exproprié est soumis à la nécessité de l'autorisation maritale par cela seul que c'est l'acquisition d'un capital (V. notre arrêt). Les circonstances de dotalité, du caractère immobilier du prix et du placement n'ont pas une importance décisive.

Ce système a l'avantage d'être logique et de tracer aux parties et aux officiers ministériels une règle de conduite ferme et nette.

On peut trouver que la loi ainsi interprétée est trop sévère à l'égard de la femme séparée. La mésintelligence, l'éloignement des époux rend fâcheuse la nécessité de l'autorisation pour une multitude d'actes offrant la plupart peu de dangers de perte. Au législateur il appartient d'aviser. On a déjà reconnu que l'époux contre lequel la séparation de corps a été prononcée n'est pas digne d'exercer l'autorité maritale. D'autres réformes peuvent se concevoir. Mais il s'agit présentement d'interpréter la loi existante, le Code civil de 1804. C'est ce que fait la Cour régulatrice avec une grande sagesse [1].

Cassation, Ch. civ. 2 juin 1886. *J. P.* 1886. 1. 1121.

Un dépositaire assure contre l'incendie les choses confiées à sa garde. Ces choses périssent par cas fortuit. Le dépositaire

[1] Le système que nous avons exposé est simple. Il soulève, à nos yeux, une difficulté grave que nous nous bornerons ici à indiquer.

L'emploi des revenus en dépenses d'entretien est un acte d'administration. L'emploi de revenus économisés par l'acquisition d'un capital (source lui-même de revenus) est un acte excédant les limites de l'administration. La femme séparée pourra donc consommer ses revenus sans que le mari ait rien à y voir; mais elle tombera sous la surveillance de son mari dès qu'elle voudra pratiquer l'épargne et la capitalisation; ce que demande peut-être l'intérêt de son avenir ou l'intérêt de ses enfants !

Digitized by Google

libéré par cette perte n'a aucune indemnité à exiger de l'assureur, mais le propriétaire a-t-il le droit d'exercer contre l'assureur une action indirecte du chef du dépositaire?

Il est très fréquent, presque usuel que des choses d'une conservation difficile ou gênante soient, pendant une période de temps où elles sont inutiles, déposées par leurs propriétaires chez des industriels ayant ou l'espace ou l'aptitude nécessaires pour les bien garder. Des fourrures sont, pendant l'été, confiées à des commerçants faisant trafic de semblables parures. Des voitures rentrent, durant le séjour à la campagne du maître, dans les magasins du fabricant. Des farines restent en dépôt jusqu'à l'emploi chez le moulinier. Enfin la garde des meubles est même parfois une industrie spéciale. — Nous nous servons du mot dépôt; parce que le but du contrat est la garde; mais c'est un dépôt improprement dit puisque le service rendu donne lieu à une rémunération, art. 1917, C. civ. Au surplus dépôt ou louage de services, il n'importe; la difficulté n'a point trait à la nature ou aux effets du contrat entre les parties.

Le dépositaire habituellement a la prudence de contracter une assurance contre l'incendie. Presque toujours, en fait, l'assurance embrasse et les marchandises qui appartiennent au commerçant et les objets qui lui ont été remis par des tiers.

Les choses déposées périssent dans un incendie dont le dépositaire n'est aucunement responsable. Il est donc incontestablement libéré de son obligation de rendre. Quelle est la conséquence de la perte relativement à l'assureur?

La solution ne serait pas douteuse si le dépositaire avait contracté l'assurance au nom et comme gérant d'affaires des tiers déposants. L'assureur devrait l'indemnité au propriétaire lésé; ce dernier aurait action directe contre l'assureur en vertu du contrat d'assurance.

Il en serait de même si le gardien dans la note de ce qu'il exige de ses clients ferait figurer une somme pour contribution à à la prime d'assurance.

Le plus souvent le commerçant contracte en son nom et pour son compte; il ne distribue pas, il ne fait pas retomber la charge de la prime sur les propriétaires des objets déposés; il

Digitized by Google

paie la prime sur ses frais généraux ; il n'augmente pas sensiblement le salaire de la garde ; il fait en apparence un sacrifice pour attirer à lui la clientèle et triompher dans la concurrence. Au fond, les frais généraux se prennent sur les profits du commerce ; chaque client en supporte sa part ; mais extérieurement le contrat d'assurance est conclu par le dépositaire en son nom et même pour son compte, aucun lien de droit ne résulte du contrat entre l'assureur et chaque propriétaire de choses déposées et assurées. Faut-il en conclure que, la perte fortuite survenant, le dépositaire libéré n'ayant point droit à une indemnité, le propriétaire lésé étant étranger au contrat, l'assureur qui a reçu les primes n'a aucun paiement à faire parce qu'il n'a devant lui aucun créancier de l'indemnité promise en cas d'incendie? C'est ce qu'a décidé la Cour de cassation.

Nous conservons des doutes.

La solution serait très exacte si le risque couvert par l'assurance avait été uniquement le risque de la responsabilité du dépositaire en cas d'incendie, mais il n'en est pas ainsi ; le risque couvert par l'assureur est celui de la perte par incendie, absolument comme si le contrat était fait par un propriétaire. En voici la preuve : le contrat sur lequel a porté le procès actuel embrassait et les marchandises appartenant au commerçant et les marchandises déposées chez lui. L'assurance était de même sorte, la prime était de même chiffre pour les unes et pour les autres. Nous savons que l'appréciation des sinistres probables se fait très en gros, et d'une façon tout-à-fait approximative, que la corrélation entre le chiffre de la prime et l'étendue des risques courus ne saurait être mathématique. L'assureur s'efforce de toucher les primes les plus fortes et de payer le moins d'indemnité possible. Il plaide sur des cas particuliers en profitant de toutes les circonstances. C'est à la fin de l'année qu'il connaît le résultat total et en masse de ses prévisions et de ses efforts. Néanmoins il ne nous paraît pas juste qu'aucune différence dans les primes n'apparaisse par contre-coup de la notable différence qui existe entre risques de la responsabilité du dépositoire en cas d'incendie et risques de la perte par incendie quelconque. Il n'est pas juste que les primes soient fixées en

Digitized by Google

vertu d'un tarif général sans aucun égard à l'inégalité des risques suivant la situation des assurés propriétaires ou dépositaires; de telle sorte que les uns paieraient pour les autres. Cette solidarité empruntée au socialisme n'est pas de l'équité, de la justice distributive. Même prime, donc même obligation d'indemnité pour l'assureur.

Les choses contenues dans le magasin ont été assurées pour une prime proportionnellement égale, sans distinction entre celles dont le commerçant était propriétaire et celles dont il n'était que entrepositaire. Ces choses ont péri par un incendie. Une égale indemnité est due pour les unes et pour les autres.

Nous admettons d'ailleurs que l'indemnité ne doit pas être un pur gain pour l'assuré; elle doit être payée à celui-là seul qui est en perte; c'est le propriétaire; c'est lui qui doit toucher l'indemnité. — Mais il est étranger à l'assurance! — Étranger en ce sens qu'il n'est pas contractant et n'a pas d'action directe — oui — mais non dans un sens absolu. Peut-on nier que le dépositaire avait agi dans l'intérêt de sa clientèle, alors qu'il n'a pas expressément limité l'assurance au risque de sa responsabilité personnelle? Non. — Mais le propriétaire toucherait l'indemnité sans avoir contribué au paiement des primes! — Les frais généraux dans lesquels entrent les primes, sont supportés par tous les clients de l'entreprise, un peu par le commerçant qui diminue son bénéfice en chaque affaire, (sauf à regagner sur le nombre), beaucoup par les clients au moyen d'un élément implicite du prix qui leur est demandé pour le service rendu.

Toute assurance contre le danger de la perte d'une chose par incendie est toujours plus ou moins faite pour le compte de qui il appartiendra. J'assure ma maison contre l'incendie. Je la vends. Elle est consumée par un incendie, peu de temps après la vente et la transcription translative de propriété, dans le cours d'une année dont j'ai payé par avance la prime, avant l'époque fixée pour l'entrée en jouissance et la soumission aux charges de l'acheteur. L'assureur ne peut certainement pas refuser l'indemnité à la fois et au vendeur parce que les risques de perte ne regardent plus le vendeur depuis la vente, et à l'acheteur parce qu'il

Digitized by Google

n'a pas contracté avec lui. La créance d'indemnité est réputée cédée par le vendeur à l'acheteur. Pourquoi le dépositaire ne céderait-il pas au déposant la créance acquise de l'indemnité afin de faire rencontrer dans une même personne le droit et l'intérêt?

Nous soumettons ces objections et ces observations à la magistrature devant qui la question reviendra inévitablement.

Cassation, Ch. civ. 3 fév. et sur opposition 5 août 1885. *J. P.* 1886. 647.

Quel est le sens d'une clause de police d'assurance d'une maison contre l'incendie, par laquelle l'assuré subroge l'assureur dans ses droits contre les locataires ou les voisins responsables de l'incendie et promet de réaliser cette subrogation par une mention dans la quittance de l'indemnité? La Compagnie d'assurance peut-elle pratiquer une saisie-arrêt sur un locataire qu'elle prétend responsable, avant d'avoir payé à l'assuré l'indemnité qu'elle lui doit ?

La Cour de cassation décide que ce que la clause appelle une subrogation est en réalité une cession et elle en tire cette conséquence que la saisie-arrêt pratiquée par la Cie en qualité de cessionnaire n'est pas nulle par cela seul qu'elle a précédé le paiement de l'indemnité d'assurance. M. Lyon-Caen, avec son talent habituel d'argumentation, a critiqué cette double décision. A ses yeux la clause a pour objet une véritable subrogation; elle suppose donc un paiement préalable d'une somme dont la subrogation fortifie le recouvrement; serait-ce une cession de créance que par la volonté des parties l'effet en serait subordonné au paiement préalable de l'indemnité; la saisie-arrêt antérieure est nulle. — Nous sommes porté à prendre une position intermédiaire : la clause opère une cession et non une subrogation. L'assureur cessionnaire ne peut agir en condamnation et en exécution contre le débiteur cédé qu'après avoir payé lui-même à l'assuré l'indemnité qu'il lui doit. Mais la saisie-arrêt en tant qu'acte conservatoire peut précéder ce paiement. Elle ne sera toutefois validée que si, dans l'intervalle et dans les délais légaux, le paiement a été effectué. Nous allons appuyer ces propositions de quelques motifs.

Il nous semble que l'essence de la subrogation est de faire passer au tiers qui paie les droits de la créance dont il réalise le paiement. Comment les droits éteints peuvent-ils subsister et être

Digitized by Google

transmis, c'est l'objet d'une difficulté théorique dans l'examen de laquelle ce n'est pas le lieu d'entrer. La difficulté seule prouve la vérité de notre manière de voir. La créance de l'incendié contre l'assureur est distincte par sa cause de la créance du propriétaire incendié contre le locataire. Cette dernière obligation n'est nullement acquittée par l'assureur; elle est donc matière à cession et non à subrogation.

Est-ce à dire que l'assureur cessionnaire puisse exiger du locataire plus qu'il ne doit lui-même à l'assuré et qu'il puisse agir contre le locataire avant d'avoir exécuté sa propre dette? Nous ne le croyons pas. Il faut interpréter la volonté des parties. La cession est faite en garantie et pour procurer le remboursement des sommes payées par l'assureur. Celui qui n'a encore rien déboursé ne peut se prévaloir d'une cession faite en garantie de remboursement.

Ce que nous avons dit de la saisie-arrêt n'appelle aucune explication complémentaire. C'est au début un acte conservatoire, qui se transforme ensuite en acte d'exécution forcée.

Paris, 25 nov. 1885. Tribunal de la Seine 12 nov. 1885. *J. P.* 1886. 194.

Une maison nouvelle s'édifie contre une maison préexistante; elle s'appuie sur le mur de cette dernière. Il est entendu que le compte de la mitoyenneté acquise sera ultérieurement réglé. La maison nouvellement construite est vendue avant le règlement et le paiement de ce compte. Le propriétaire voisin, créancier du prix de la mitoyenneté, peut-il agir en paiement contre le tiers acquéreur sans avoir donné de publicité au droit réel et au droit de suite qu'il prétend avoir conservé? La Cour de Paris subordonne à une transcription du compte l'action contre le tiers acquéreur. Le tribunal de la Seine l'accorde sans aucune condition de publicité.

La jurisprudence s'est engagée dans une voie où elle rencontre d'assez graves difficultés, le jour où elle a permis d'intenter l'action en paiement de la mitoyenneté contre le propriétaire actuel, contre tous les propriétaires successifs de l'immeuble accru de la mitoyenneté du mur séparatif (Paris, 22 janvier 1834; S. 1834, 2. 94; Cass. 21 mars 1843; S. 1843. 2. 350).

Le propriétaire actuel a pu ignorer que le prix de la cession de la mitoyenneté n'était pas acquitté. Après quelque temps il ne

Digitized by Google

saura même pas laquelle des deux maisons contigues a été construite la première. Il a promis à son vendeur un prix total qui embrassait la valeur des murs qui étaient manifestement mitoyens. Il est surpris et en danger d'être lésé par une action en paiement d'une somme parfois considérable intentée par un voisin avec lequel il n'a pas contracté.

La Cour de Paris voulant compléter le système qu'elle a inauguré, fait dépendre l'action contre le tiers de l'accomplissement d'un mode de publicité.

La Cour de Paris en se servant du mot *transcription* semble s'être inspirée de cette idée générale que toute modification dans l'état de la propriété foncière doit apparaître sur les registres de la conservation des hypothèques.

Cette idée exprime bien le but que le législateur a poursuivi par l'établissement de la transcription, mais elle n'a pas la valeur d'un principe et il est plus sûr de tracer en règle que les actes modificatifs de l'état de la propriété foncière qui sont sujets à la transcription sont ceux limitativement énumérés dans la loi. En effet les mutations à cause de mort sont passées sous silence et cela suffit pour qu'elles soient affranchies de la transcription. Il est vrai que lorsqu'un mur séparatif devient mitoyen, il y a mutation de la propriété indivise d'un mur qui est un immeuble. Oui, mais la mutation n'est pas conventionnelle; elle résulte de la volonté de la loi. Il n'existe pas à proprement parler d'acte, de contrat translatif de propriété et susceptible de transcription.

D'ailleurs, le registre des transcriptions est destiné à constater l'état de la propriété immobilière et les principaux changements qu'elle subit. Ce moyen, une transcription, n'est pas bien adapté à la solution de la difficulté actuelle. Il s'agit de faire connaître aux tiers acquéreurs non l'état de moyenneté, mais l'existence temporaire d'une créance qui grève une partie de l'immeuble. La Cour décide que le compte de mitoyenneté aurait dû être transcrit. Il faudrait donc ensuite après paiement opérer une radiation de la transcription; système qui serait arbitrairement emprunté à la matière des saisies. Tout ceci est construit à côté des textes législatifs. On ne saurait rendre les particuliers responsables de

Digitized by Google

l'omission de formalités qui n'ont pas leur source dans une disposition expresse de la loi.

On pourrait, en rejetant le système de la Cour de Paris, en proposer un autre moins arbitraire, mais qui, nous l'avouons, prête encore le flanc à la critique.

Le propriétaire qui a, sinon volontairement, du moins par obéissance à la loi, cédé la mitoyenneté des murs de sa maison peut être considéré comme un vendeur. Il se dépouille ou est dépouillé d'un droit de propriété moyennant une indemnité ou un prix en argent. La vente sur saisie n'est pas volontaire et elle porte le nom de vente, art. 1584, C. civ. Le paiement du prix est assuré par un privilège et une action résolutoire qui, en matière immobilière, sont solidarisés et subordonnés à une publicité par inscription (art. 7, Loi de 1855). Ce mode de publicité accompagne une créance et peut disparaître avec elle. Exigeons une inscription qui avertira les tiers acquéreurs.

L'objection que nous prévoyons est celle-ci : le privilège, comme toute hypothèque, emporte droit de suite par le moyen d'une saisie. Il est difficile de comprendre la saisie et la vente aux enchères d'un droit de mitoyenneté. L'action en résolution de la cession qui entraînerait la nécessité de démolir la maison nouvellement construite se conçoit plus aisément en théorie ; mais elle n'est guère pratique.

L'objection n'est peut-être pas insurmontable. Le privilège s'exercera en cas d'aliénation volontaire et de purge. Le créancier du prix de la mitoyenneté demandera une ventilation du prix et exercera son droit de préférence sur la portion du prix représentant la valeur de la mitoyenneté. Le privilège existe, il doit être inscrit et sauvegarde par sa publicité les tiers contre l'exercice de l'action résolutoire. L'énergie implacable de cette dernière action n'est pas un motif de nier son existence.

Le tribunal de la Seine n'a pas admis la nécessité d'une transcription; il n'a pas songé à une inscription révélant un privilège. Il a prononcé condamnation contre le tiers acquéreur malgré sa qualité de tiers et son allégation d'ignorance.

Si cette jurisprudence s'implante, tout acquéreur d'une maison devra rechercher si cette maison est de construction posté-

Digitized by Google

rieure aux maisons voisines et, dans ce cas, exiger que le compte de mitoyenneté et la quittance de l'indemnité soient annexés aux titres de propriété de son immeuble. Il est certain que ce procédé d'investigation est praticable et que notre législateur a réservé la prescription de la publicité pour les droits dont l'acquéreur n'a aucune raison de soupçonner ou aucun moyen de découvrir l'existence.

Poitiers, 7 déc. 1886. *J. P.* 1885. p. 459.

Le créancier d'une rente viagère est-il tenu d'évaluer dans l'inscription de l'hypothèque accessoire à cette créance le capital qui en cas d'aliénation de l'immeuble hypothéqué devra être réservé pour le service de la rente viagère aux termes de l'art. 1978 du Code civil? Cette question ne trouve pas une solution bien nette dans le 4° de l'art. 2148 du Code civ.

La loi semble d'abord, il est vrai, ordonner à l'inscrivant d'évaluer en capital ses droits indéterminés et cela paraît être la conséquence du principe de la spécialité qui est un complément nécessaire de celui de la publicité, base actuelle de notre régime hypothécaire. Mais tout est remis en question par la malheureuse addition de ces mots : « Dans les cas où cette évaluation « est ordonnée. » Pour l'hypothèque de l'Etat et des incapables, la loi dispense l'inscrivant d'évaluer le montant des droits indéterminés (art. 2153, C. civ.). Pour l'hypothèque conventionnelle, la loi prescrit l'évaluation d'une créance indéterminée (art. 2132). Mais quand une créance est-elle indéterminée dans son objet? C'est dans l'art. 2148 que l'on cherche la solution de la difficulté; elle ne s'y trouve pas.

Aussi en ce qui concerne l'hypothèque d'une rente viagère les avis des auteurs sont partagés. Les uns déduisent des principes de la publicité et de la spécialité, qui doivent servir à interpréter l'art. 2148, que les tiers doivent connaître avec précision la somme que le créancier inscrit prétend prélever. Si une estimation est à faire pour cela, c'est au créancier à l'opérer à ses risques et non au tiers. Il ne suffit pas que le créancier fournisse les éléments principaux d'un calcul dont le résultat peut varier selon les circonstances. Dans cette situation délicate la loi préfère sauvegarder la sécurité du tiers et rejeter sur le créancier les

Digitized by Google

embarras de l'estimation. D'ailleurs le créancier peut se mettre à l'abri derrière une évaluation assez forte. La plus-pétition n'est pas ici périlleuse. Ces idées appliquées au créancier d'une rente viagère leur font admettre que ce créancier doit fixer dans son inscription la somme dont il juge l'emploi nécessaire pour assurer en cas de vente et de déconfiture le service des arrérages, conformément à l'art. 1978 du Code civ. (Aubry et Rau, t. III, p. 338, § 274, n. 3.

D'autres jurisconsultes sont moins exigeants et c'est en ce sens que s'est prononcée la Cour de Poitiers. Le créancier doit fournir aux tiers tous les moyens qui sont en son pouvoir d'apprécier, de mesurer la charge de l'hypothèque.

Dans l'espèce le créancier avait satisfait à ce devoir, il avait indiqué le taux des arrérages, l'âge de la personne sur la tête de qui reposait la rente, le capital moyennant lequel la rente avait été acquise et le capital dont la restitution avait été convenue dans le cas de résolution du contrat. Il avait ainsi éclairé les tiers qui pouvaient, aussi bien que le créancier, faire des calculs et concevoir des prévisions sur l'application de l'art. 1978. Mais le créancier ne s'était pas cru obligé à évaluer lui-même la somme qui serait prélevée sur le prix d'adjudication pour assurer le service de la rente et la Cour de Poitiers a déclaré l'inscription régulière.

On peut, nous semble-t-il, tout en attachant une grande importance au principe de la spécialité dans l'inscription, approuver la décision de la Cour par une double considération. 1° Il serait dur d'annuler une inscription en vertu d'un principe abstrait quand l'article contenant la réglementation de ce principe est véritablement obscur et ambigu. 2° On comprend que le créancier inscrivant soit mis dans la nécessité d'évaluer toute somme qu'il prétend se faire attribuer au détriment des créanciers hypothécaires postérieurs, ceux-ci doivent savoir exactement ce qui reste libre sur l'immeuble. Mais la somme qui sera employée pour assurer le service de la rente viagère ne sera pas définitivement soustraite aux droits des créanciers postérieurs, puisqu'à l'extinction de la rente viagère le capital placé sera distribué par ordre entre ces mêmes créanciers. J.-E. LABBÉ.

Digitized by Google

DROITS CONFÉRÉS A L'OUVRIER PAR L'ASSURANCE COLLECTIVE,

Par M. H. Auzière, procureur de la République à Valence.

Un industriel contracte une assurance ayant pour objet de garantir la réparation du préjudice causé à ses ouvriers ou employés par tous les accidents qui peuvent leur survenir pendant le travail, et par suite de ce travail, et qui résultent d'une cause extérieure, violente, involontaire, n'engageant pas sa responsabilité civile.

Les primes destinées à la compagnie sont payées entre ses mains au moyen d'une retenue effectuée sur les salaires.

Un ouvrier est victime d'un accident dans les conditions prévues par la police.

Quels sont ses droits soit contre le patron, soit contre la compagnie assureur ?

Avant d'aborder ces questions, je rappelle que l'ouvrier, revendiquant le bénéfice d'une assurance collective, doit en établir l'existence. Cette preuve peut être faite par tous les moyens.

I.

ACTION CONTRE LE PATRON.

§ 1er. — *Principe de l'action.*

Existe-t-il, par le fait de l'assurance et du paiement des primes, un lien de droit entre l'ouvrier et le patron ?

L'affirmative ne paraît pas douteuse, mais ce qui est plus délicat, c'est de préciser la raison juridique de cette relation. Précision nécessaire cependant, car les conséquences sont bien différentes selon l'interprétation donnée.

A. — Ce que ne constitue pas l'assurance : Patron assureur, mandataire, stipulant pour autrui.

(*a*). *Patron assureur de l'ouvrier.*—Une jurisprudence importante fait découler de l'assurance collective un véritable contrat, d'une nature particulière, qui lie directement le patron et l'ouvrier[1].

[1] Aix, 27 janv. 1880, Bonneville de Marsangy, II, p. 608; — Dijon, 27 mars 1882, D. P. 82. 2. 225; — Trib. Boulogne-sur-mer, 10 juillet 1885, *Gaz. du P.*, 18 Oct. 1885; — Trib. Valence, 9 février 1886, *Gaz. du P.* 19 février 1886.

Digitized by Google

Il suffit, pour faire connaître les motifs de cette doctrine, de rapporter le jugement de Boulogne :

« Attendu qu'un contrat de cette nature, exécuté aux frais de l'ouvrier qui n'y a pas été partie et qui cependant en acquitte indirectement les charges crée, en faveur de celui-ci, le droit de réclamer au patron assureur le montant de l'assurance qui n'est, en réalité, qu'une indemnité correspondant aux prélèvements opérés sur ses salaires; qu'en effet, par les retenues qu'il exerce lui-même sur ces salaires, le patron s'oblige personnellement à procurer à l'ouvrier, en cas d'accident, et alors même que celui-ci ne pourrait lui imputer aucune faute, une indemnité de nature à compenser le dommage souffert; qu'il se forme ainsi entre l'ouvrier et le patron un contrat d'une espèce particulière qui fait de celui-ci le véritable assureur de celui-là. »

A l'objection que le patron n'est tenu qu'à faire valoir ses propres droits contre la compagnie, le tribunal répond :

« Qu'il n'en saurait être ainsi, le patron se trouvant, dès l'instant et par le fait même de l'accident, personnellement débiteur de l'indemnité promise comme conséquence des prélèvements opérés; que, d'ailleurs, l'ouvrier, qui est absolument étranger au contrat intervenu entre une compagnie dont il ignore peut-être le nom et le patron qui, dans son propre intérêt, par une mesure de sage prévoyance, mais sans même le consulter, a traité avec cette compagnie, — ne peut être tenu de subir les retards qui résulteraient de la négligence ou de la mauvaise volonté apportée par le contractant à réclamer le bénéfice de son assurance, ni les conséquences plus graves encore de sa maladresse si, par exemple, il avait contracté avec une compagnie insolvable, ou passé un traité qui pourrait être entaché de nullité; que le véritable débiteur de l'ouvrier c'est son patron lui-même. »

Il me paraît difficile d'admettre le principe absolu de cette doctrine. Un concours de volontés peut seul créer un contrat. Où est la preuve que le patron a eu l'intention de s'obliger envers l'ouvrier? Si la réception des primes ne pouvait s'expliquer que par l'attribution au patron du rôle d'assureur, je comprendrais l'argumentation; mais cette explication est contraire à la réalité des choses, puisque le patron n'est qu'un intermédiaire touchant

Digitized by Google

les primes pour le compte de la compagnie. L'ouvrier a pu croire (je reviendrai sur cette hypothèse) qu'il avait le patron pour assureur; mais on ne démontre pas et on ne peut pas démontrer que du fait seul de la retenue se dégage l'intention du patron d'être assureur. Tant que la preuve de cette intention réciproque n'est pas faite, le contrat n'est pas établi [1].

Voici comment s'exprime la Cour de Douai :

« Attendu que le patron n'est pas l'assureur de l'ouvrier pour qui il a contracté une assurance ; qu'il n'est tenu qu'à procurer à l'ouvrier le bénéfice de celle-ci ; qu'en recevant la cotisation de l'ouvrier, et en contractant avec la compagnie d'assurances, il facilite à l'ouvrier une mesure de prévoyance peut-être difficile à réaliser pour un ouvrier, mais ne prend nullement la place de la compagnie d'assurances ;

« Attendu qu'il n'est pas exact de prétendre que, si le patron n'est pas considéré comme l'assureur de l'ouvrier, celui-ci serait exposé à subir les retards ou les pertes qui résulteraient de la négligence ou de la mauvaise volonté apportée par le contractant à réclamer le bénéfice de son assurance, ou les conséquences plus graves de sa maladresse ; qu'en effet, dans tous les cas, le patron doit répondre de son dol ou de sa faute. »

Le jugement de la Seine avait précisé l'argumentation par la considération suivante :

« Il est évident que le patron ne contracte envers les ouvriers aucune obligation personnelle de les indemniser en cas d'accident professionnel. »

Certains jurisconsultes [2] admettent le contrat, mais sans en tirer la conséquence que le patron s'est constitué personnellement assureur. D'après eux, il est tenu de subroger l'ouvrier dans son action contre la compagnie :

« Le maître, dit M. Labbé, ne se porte pas, envers l'ouvrier, assureur des accidents d'une façon abstraite et absolue. Il propose à l'ouvrier de lui appliquer le bienfait de l'assurance qu'il a con-

[1] V. en ce sens : Trib. Seine, 8 déc. 1880, Bonn. de Mars. III, p. 258. Douai, 15 février 1886, *Gaz. du P.*, 28 février 1886, — Trib. Dunkerque, 18 juin 1886, *Gaz. du P.*, 1886, 2, supp. p. 7.

[2] M. Labbé, S. 1885. 2. 201. — et M. Sauzet, *Rev. crit.*, 1886, p. 392.

Digitized by Google

tractée. Il lui fait connaître la police qu'il a signée [1]. Il lui dit : Exécutez la charge que j'ai assumée, par la retenue de la prime sur votre salaire, je vous remettrai ce que la compagnie sera tenue de me donner et m'aura donné. Je réponds de ma diligence à vous le faire obtenir..... L'ouvrier qui subit une retenue sur son salaire fait tout ce qui dépend de lui pour avoir le bénéfice de l'assurance. Le reste dépend de la diligence du patron. Celui-ci est tenu de subroger l'ouvrier dans son action contre la compagnie. »

Les raisons données plus haut pour combattre l'existence même d'un contrat s'appliquent ici. Quelque naturel que soit le colloque invoqué par M. Labbé, il n'est que supposé : une hypothèse n'est pas une preuve.

J'ajoute que les divergences de ceux qui voient dans l'opération un accord de volontés prouvent combien les intentions des prétendus contractants sont incertaines.

Ecartons donc l'idée d'un contrat.

(b). Patron mandataire de l'ouvrier. — On peut supposer un mandat.

Des ouvriers prévoyants peuvent charger leur patron de les assurer; ou bien celui-ci, désireux de leur donner une garantie contre les accidents dont il n'est pas responsable, peut leur proposer de contracter à leur profit une assurance collective. Dans le premier cas, le consentement du chef de l'usine, dans le second, l'autorisation des employés constitue le patron mandataire et lui impose toutes les charges de cette situation juridique. Dès que la preuve du mandat sera rapportée, la victime d'une accident pourra mettre en mouvement les art. 1991 et suivants, C. C.

Mais, en fait, le mandat n'est qu'une exception dont l'existence sera rarement démontrée.

Que le patron assure pour la première fois les ouvriers présents dans son usine, ou que, l'assurance générale étant déjà passée, de nouveaux ouvriers viennent, par leur entrée dans l'établissement, participer à la protection de ce contrat, ni les uns ni les autres ne sont consultés à l'avance. Ils sont tout au plus informés de l'existence de la police, et de l'obligation, s'ils veulent

[1] Pas toujours !

Digitized by Google

s'en ménager le bénéfice éventuel, de consentir une retenue sur leurs salaires.

Voilà l'hypothèse ordinaire. Quel fait juridique constitue-t-elle? Quelles en sont les conséquences?

(c). Patron stipulant pour les ouvriers. — On verrait à tort dans l'assurance collective la stipulation pour autrui de l'article 1121, C. C.

L'assurance au profit des ouvriers n'est pas une condition de la convention conclue par le patron, dans son intérêt personnel, avec la compagnie. Au contraire, il est de règle à peu près constante que la compagnie à laquelle les ouvriers sont assurés accorde gratuitement au patron, comme suite du premier contrat, une assurance couvrant sa responsabilité civile.

En outre, pour qu'une personne puisse invoquer les dispositions de l'art. 1121, il faut qu'elle ait été désignée avec précision dans l'acte, qu'elle ait été sinon nommée, du moins indiquée nettement dans son individualité comme bénéficiaire de la stipulation. Ce n'est évidemment pas ce qui se rencontre dans les polices collectives visant un nombre approximatif d'ouvriers inconnus, présents et à venir [1].

A ce second argument M. Sauzet [2] fait une double objection.

« Du jour, dit-il, où les ouvriers ont subi la retenue sur leur salaire, à partir de ce jour là tout au moins, il ne nous semble plus qu'on puisse alléguer l'incertitude de la personne du bénéficiaire éventuel de l'indemnité. »

L'observation, vraie quant au patron, ne l'est pas, à l'égard de la compagnie qui connaît le nombre des ouvriers payant les primes, mais qui ignore leurs noms. Or c'est elle, débitrice, qui doit connaître son créancier. D'ailleurs est-il bien certain que cette connaissance, postérieure au contrat, serait suffisante?

M. Sauzet oppose encore à cette doctrine la jurisprudence de la Cour suprême d'après laquelle « par application de l'art. 1121,

[1] Paris, 4 avril 1884, D. P. 85. 2. 42. Jurisprudence constante en ce sens en matière d'assurance en cas de décès ; V. notamment Cass. 27 janv. 1879, D. P. 79. 1. 230.

Contrà, Nimes, 24 avril 1882, sous Cass. D. P. 86. 1. 201. — Trib. Versailles, 19 janv. 1883, D. P. 84. 2. 42.

[2] *Loc. cit.*, p. 382.

Digitized by Google

les ouvriers d'un sous-traitant ont action directe contre l'entrepreneur exécutant des travaux pour le compte d'une compagnie de chemin de fer, lorsque le cahier des charges, imposé par la compagnie à cet entrepreneur, le déclare tenu directement de tous les engagements de ses sous-traitants envers leurs ouvriers. Cette clause est donc considérée comme constituant de la part de la compagnie une stipulation pour autrui valable aux termes de l'art. 1121. Et cependant, elle est faite au profit de qui? au profit des *tiers*, des ouvriers du sous-traitant, qui ne sont pas plus *déterminés* que les ouvriers du patron qui contracte avec une compagnie d'assurance-accident ».

La réponse me paraît simple. Ce n'est pas dans l'art. 1121 qu'il faut chercher la raison du droit reconnu aux ouvriers. Quels que soient les principes juridiques, l'entrepreneur s'est mis dans l'impossibilité de dénier une action directe aux ouvriers du sous-traitant, *le contrat passé par lui leur conférant cette action en termes formels.*

B. — Ce que constitue l'assurance : Patron gérant d'affaires.

Le lien de droit créé entre le patron et l'ouvrier par l'assurance collective est celui qui résulte du quasi-contrat de gestion d'affaires.

« Les obligations réciproques qui peuvent résulter d'un quasi-contrat de gestion d'affaires naissent du fait même de la gestion et de la loi, et non de l'intention des parties. Il importe peu que celui qui a fait l'acte de gestion ait entendu agir tout à la fois dans son intérêt personnel et dans l'intérêt d'un tiers si, en réalité, ce tiers était intéressé à l'acte de gestion et en a profité [1]. »

« Il importe peu que le gérant ait agi par des motifs d'intérêts personnels, ou en considération de l'intérêt du maître de l'affaire [2]. »

Par cela seul qu'un individu a fait l'affaire d'une autre personne, alors même qu'il croyait en même temps faire la sienne propre, il y a quasi-contrat de gestion d'affaires : le maître acquiert des droits.

Dans l'hypothèse qui m'occupe, aucun doute ne saurait exis-

[1] Cass. 18 juin 1872, D. P. 72. 1. 471.
[2] Aubry et Rau, T. IV, § 441.

Digitized by Google

ter. En réalité, le patron, assurant ses ouvriers, non contre les accidents dont il serait civilement responsable, mais contre les accidents purement fortuits, n'agit pas en vue de son intérêt, puisque, un accident pareil se produisant, aucune obligation ne péserait sur lui. Il agit uniquement dans l'intérêt des ouvriers qui, sans cette assurance, ne pourraient, en cas de malheur, réclamer aucune indemnité.

En admettant même qu'il trouve un avantage personnel dans l'opération (recrutement plus facile de ses employés, assurance gratuite contre les risques résultant de sa responsabilité civile), il est indéniable que les ouvriers sont les principaux bénéficiaires de l'assurance. C'est donc bien leur affaire qui a été gérée par le patron.

La thèse d'après laquelle on doit voir un quasi-contrat de gestion d'affaires dans l'assurance collective a été consacrée par de nombreuses décisions de jurisprudence [1].

Objections.

1° D'après une opinion [2], « l'intention joue un rôle essentiel dans la gestion d'affaires. Si celui qui gère n'a pas la volonté de faire l'affaire d'un tiers, *en son nom et dans son intérêt*, il n'y a pas de quasi-contrat de gestion d'affaires. » Or, les polices collectives contiennent généralement une clause aux termes de laquelle l'assurance est contractée au nom et pour le compte du patron. Il s'ensuit, dit-on, que ce dernier a l'intention de gérer non les intérêts de ses ouvriers, mais ses intérêts personnels, et que, dès lors, il n'y a pas de quasi-contrat de gestion d'affaires.

M. Labbé a donné à cette argumentation l'appui de son autorité [3].

L'objection ne me paraît fondée ni en thèse générale, ni dans l'application qu'on veut en faire.

La théorie invoquée se place en dehors des conditions énoncées par l'art. 1372 qui exige uniquement, pour l'existence du quasi-contrat, la gestion volontaire de l'affaire d'autrui, sans s'oc

[1] Cass. 1er juillet 1885, D. P. 86. 1. 201. — Trib. Toulouse, 1er juil 1885 et Trib. Boulogne-sur-mer, 10 juillet 1885, *Gaz. du P.* 85. 2. 4 — Paris, 30 octobre 1885, S. 86. 2. 49.

[2] Laurent, T. XX, n° 324.

[3] S. 1885. 1. 409.

Digitized by Google

cuper des motifs qui peuvent déterminer la volonté du gérant. Elle confond les engagements qui naissent *quasi ex contractu* avec les obligations résultant d'un véritable accord de volontés. Elle impose au quasi-contrat de gestion d'affaires, qui a pour base l'équité et la loi, les règles relatives aux contrats proprement dits qui n'ont de valeur et d'effet que par le consentement.

« Les obligations réciproques qui peuvent résulter d'un quasi contrat de gestion d'affaires naissent du fait même de la gestion et de la loi, et non de l'intention des parties [1]. »

Or, en fait, le patron a fait un acte utile à l'ouvrier. La police d'assurance, obligée de reconnaître la réalité des choses, contient nécessairement cette clause qui est le fond du contrat : *Le patron stipule une indemnité au profit de ses ouvriers blessés dans certaines conditions.* Le bénéficiaire de l'assurance, c'est donc l'ouvrier.

Peut-il, d'ailleurs, en être autrement, puisque la police collective ne couvre que les accidents dont le patron n'est pas responsable ? puisque, alors même que l'assurance devrait produire un effet secondaire utile au chef de l'établissement, son objet immédiat et direct est de garantir le paiement d'une indemnité à l'ouvrier blessé ?

Mais, dit-on, c'est *en son nom et pour son compte* que le patron stipule ; il n'agit donc pas pour l'ouvrier.

J'ai à me demander si cette mention, émanant de lui, peut le dépouiller de son caractère.

Peut-être, en présence de cette formule, serait-ce aller trop loin que de chercher, avec M. Demolombe, une interprétation des termes ? Je rappelle cependant la théorie du savant professeur, la plaçant en regard de ce fait qu'en définitive c'est l'ouvrier qui est le bénéficiaire désigné de l'indemnité.

« Il s'agit de savoir ce qu'a voulu vraisemblablement et raisonnablement celui qui a fait une stipulation *en son propre nom* our un tiers ; s'il a voulu faire un acte dérisoire et nul, ou s'il au contraire, voulu faire un acte sérieux et valable ? Eh bien, tes les règles de l'interprétation exigent, d'accord avec la rai- le bon sens, que l'on se décide en faveur de la validité de

[1] 8 juin 1872, déjà cité.

Digitized by Google

la stipulation : *potiùs ut valeat quam ut pereat* (art. 1157). Et, pour arriver à ce résultat, le chemin est facile. La stipulation faite par une personne *au nom d'autrui* est, disons-nous, valable. Pourquoi ? Parce qu'elle est faite évidemment *dans l'intérêt d'autrui*, et que le stipulant ne doit pas être présumé avoir eu la prétention, impossible, en effet, et qui serait vraiment naïve par son impossibilité même, d'acquérir pour lui une action dont le bénéfice serait pour un autre. D'où il suit que la stipulation faite par une personne *dans l'intérêt d'autrui* doit être présumée faite *au nom d'autrui;* d'autant plus qu'il n'est pas nécessaire que des termes sacramentels soient employés pour annoncer cette intention de sa part [1]. »

Je reconnais que cette interprétation irait à l'encontre des expressions et peut-être de l'intention des contractants qui ont voulu constituer le patron seul créancier de la compagnie.

Aussi, prenant les termes de la police dans leur rigueur, dans le sens le plus défavorable à ma thèse, je me borne à dire : la clause par laquelle le patron a stipulé en son nom et pour son compte personnel n'est pas opposable à l'ouvrier.

Appartient-il à celui qui gère volontairement l'affaire d'autrui de dire que son acte n'entraînera aucune conséquence juridique ? Qu'il ne créera aucun lien de droit entre lui et le géré ?

L'art. 1372 répond en termes formels : Par le fait de la gestion, le gérant se soumet à toutes les obligations qui résulteraient d'un mandat exprès que lui aurait donné le propriétaire.

Ces obligations sont la suite légale et nécessaire de la gestion.

Indépendamment de la volonté du gérant, et même contre sa volonté, un lien de droit s'établit entre lui et le maître de la chose.

Pour que ce lien de droit disparaisse ou qu'il existe dans des conditions différentes de celles que la loi a déterminées, que faudra-t-il ? Le consentement réciproque des deux parties intéressées. Tant que le consentement précis et catégorique de l'ouvrier ne sera pas rapporté, il ne saurait appartenir au patron seul de modifier sa situation juridique. Il est gérant d'affaires aux termes de la loi.

[1] Demolombe, T. I, *des contrats*, p. 224-225.

Digitized by Google

Objecterait-on la ratification de l'ouvrier pour y trouver ce consentement ?

Nous savons que cette ratification consiste uniquement dans le paiement des primes. Voilà le fait certain. Mais quel sens y a attaché l'ouvrier ? La renonciation à un droit ne se présume pas ; elle doit être expresse, ou résulter tout au moins de circonstances ayant une signification précise et indiscutable. Trouve-t-on cette signification claire et sûre dans le paiement, sur le sens duquel les tribunaux hésitent, mes adversaires sont en désaccord, et qui a dicté à M. Sauzet cette phrase à retenir : « Quelque hardiesse, quelque difficulté qu'il y ait à entreprendre l'interprétation d'un contrat aussi tacite que celui qui se forme entre l'ouvrier et le patron par la seule retenue sur les salaires [1].... »

Non, ce n'est pas dans ce fait, dont la portée intentionnelle est voilée de tant de doutes, enveloppée de tant d'incertitude, que se manifeste la renonciation à un droit conféré par la loi elle-même.

Nous restons donc en présence du quasi-contrat de gestion d'affaires et de ses conséquences juridiques. Ces conséquences ne peuvent être modifiées, dans les rapports du gérant et du géré, que par l'accord de ces deux parties. Or, si l'intention modificative du gérant paraît résulter des termes de la police, l'intention corrélative du géré n'est nullement démontrée. La clause par laquelle le premier a pu vouloir se soustraire aux obligations que la loi fait peser sur lui n'est pas opposable au second.

2° Dois-je examiner la question de savoir si la connaissance de la gestion par le géré transforme le quasi-contrat en un véritable contrat ? en fait un mandat tacite ?

Je ne pourrais que reproduire l'argumentation si complète et si concluante de MM. Aubry et Rau [2] et Demolombe [3]. Ce dernier auteur conclut en ces termes : « Les actes de gestion, lors même qu'il auraient été faits à la connaissance évidente du maître, ne constituent que le quasi-contrat de gestion d'affaires [4]. »

[1] *Rev. crit.*, 1886, p. 392.

[2] T. 4, § 411, texte et note 2.

[3] T. 8 *des Contrats* p. 63.

[4] V. en ce sens : Cass. 29 février 1876, D. P. 76. 1. 382.

Digitized by Google

3° Il me reste à répondre à une dernière objection.

On pourrait dire : En admettant même l'existence du quasi-contrat de gestion d'affaires, l'ouvrier n'a pas d'action contre le patron. En effet, l'obligation imposée au gérant de continuer la gestion disparaît dès que le maître de l'affaire est en état d'y pourvoir lui-même. Or une opinion considérable accorde à l'ouvrier assuré, victime d'un accident, une action directe contre la compagnie. Le géré, pouvant lui-même, seul, faire valoir ses droits, est sans qualité pour s'adresser un gérant.

L'objection est sérieuse; toutefois, je ne la crois pas fondée.

La doctrine qui autorise l'ouvrier à actionner directement la compagnie n'est pas unanimement acceptée. Cette action directe pourrait donc être repoussée si le tribunal saisi de l'affaire adoptait une théorie juridique contraire. Il y a un intérêt évident pour le demandeur à ne pas s'exposer à perdre son procès sur cette fin de non recevoir : les dépens mis à sa charge et la nécessité d'intenter une nouvelle instance sont les éléments incontestables de cet intérêt.

Dira-t-on que la Cour suprême a une jurisprudence arrêtée, et que la prétention du demandeur, portée devant elle, serait certainement accueillie?

Je réponds que, pour solide que soit une jurisprudence, elle peut se modifier, et, en outre, que le demandeur dont il s'agit est un ouvrier blessé, c'est-à-dire un homme vivant du produit de son travail et actuellement incapable de travailler. Il est urgent pour lui d'obtenir satisfaction le plus rapidement possible ; ce serait lui faire subir un préjudice considérable que de l'obliger à poursuivre longuement, jusqu'au plus haut degré de juridiction, la revendication de ses droits [1].

A un second point de vue, l'ouvrier est intéressé à pouvoir demander à son patron la réalisation du contrat.

Il n'a pas en main le titre qui lie la compagnie et la constitue débitrice. Lorsqu'il l'actionnera, peut-être exigera-t-elle qu'il prouve l'obligation? Sans doute le quasi-contrat de gestion d'affaires peut être établi par tous les genres de preuves, il peut

[1] L'accident qui a donné lieu au procès terminé par l'arrêt de la Cour de cassation du 1er juillet 1885 est du 13 janvier 1879 !

Digitized by Google

s'induire même des circonstances. Mais est-on sûr que le demandeur aura les moyens de fournir cette justification devant le tribunal du domicile de la défenderesse? Et, s'il ne les a pas, veut-on attendre que ses conclusions aient été rejetées après enquête pour l'autoriser à demander au détenteur du titre de le faire valoir? Supposons même qu'il démontre l'existence du contrat et en fasse connaître les conditions, ce ne sera qu'au moyen de recherches, de difficultés, de longueurs qu'il lui importe d'éviter. Or, pour les éviter, il lui suffit de s'adresser à son gérant. Son intérêt est indéniable : le patron seul peut le mettre complétement en état de pourvoir lui-même à la défense de ses intérêts.

Conclusion. — Après avoir justifié le principe et réfuté les objections, j'arrive donc à cette conclusion définitive que l'assurance collective a constitué, au regard de l'ouvrier, un quasi-contrat de gestion d'affaires, et qu'il en est résulté à son profit contre le patron l'action du géré contre le gérant.

§ 2. — *Objet de l'action.*

A. — Action en achèvement de gestion.

Un point incontestable, c'est que le géré peut demander au gérant l'achèvement de la gestion. L'ouvrier est en droit d'exiger que le patron lui fasse obtenir de la compagnie le montant de l'indemnité stipulée. C'est l'application pure et simple à la gestion d'affaires ratifiée par le géré des règles de l'art. 1372, C. c.

Comment le gérant se tirera-t-il de demeure?

Deux procédés également juridiques s'offrent à lui : appel en cause de la Compagnie, remise du titre à l'ouvrier.

Dans le premier cas, il accomplit son œuvre jusqu'au bout, il procure à l'ouvrier le bénéfice de l'assurance, le montant de l'indemnité due.

Dans le second, il fournit à l'ouvrier le moyen de pourvoir lui-même à la gestion de son affaire.

Premier moyen : appel de la compagnie en cause.

En premier lieu, il peut, dis-je, appelant en cause la compagnie d'assurance, conclure contre elle, au profit du demandeur au paiement de l'indemnité stipulée. C'est l'achèvement complet de la gestion.

Digitized by Google

On a contesté la possibilité de cet appel en cause.

On a invoqué :

1° Les termes des polices,

2° Les termes généraux du droit,

3° Et, dans certains cas spéciaux, les règles sur la compétence.

Un examen rapide de ces diverses objections permet d'établir qu'elles ne sont pas fondées.

1° Assez généralement, les polices contiennent un article d'après lequel « toutes les actions formées contre la compagnie seront soumises aux tribunaux compétents de la Seine, la compagnie faisant, pour l'exécution des présentes, élection de domicile au siège social à Paris. »

D'après les compagnies, cette clause formelle, valable quant au patron signataire de la police, puisque les art. 59 et 181, C. Pr. civ., ne sont pas d'ordre public, a un sens général : elle attribue compétence exclusive aux tribunaux de la Seine pour le jugement des instances tant accessoires que principales.

Il est certain que si une compagnie, appelée récursoirement hors de Paris, faisait admettre cette interprétation par la juridiction saisie, le patron devrait être renvoyé à se pourvoir par voie d'action principale devant les tribunaux de la Seine.

Malheureusement pour les compagnies, les Cours et tribunaux se montrent peu disposés à les suivre sur ce terrain. Jusqu'à présent la jurisprudence a interprété la clause dont il s'agit en ce sens que l'intention des parties avait été non de déroger aux règles de la compétence en matière de garantie, d'instance accessoire, mais simplement d'affirmer les prescriptions de l'art. 59, § 5, C. Pr. civ., dans le but unique de bien établir que la compagnie n'avait pas de succursales hors de Paris [1].

Cette interprétation étant admise, la compagnie assureur peut être appelée en garantie devant le tribunal où est portée l'action de l'ouvrier contre le patron.

Même en cas de dévolution conventionnelle de compétence, la demande en garantie qui, intentée directement, devrait être portée devant le tribunal élu, peut être soumise au tribunal

[1] Rennes, 14 nov. 1865, D. P. 66. 1. 107. — Trib. Valence, 9 février 1886, *Gaz. du P.* 19 février 1886.

Digitized by Google

saisi de l'action principale à laquelle elle est connexe. « L'article 171, C. Pr. civ., ne distingue pas entre le cas où la compétence du juge qui, en l'absence de la circonstance particulière de connexité, eût dû être saisi de la seconde instance, lui serait déférée par l'effet d'une convention attributive de juridiction élective ou par suite des dispositions du droit commun [1]. »

2° La seconde objection à la possibilité de l'appel en cause part de ce principe incontestable : si le demandeur en garantie tend, par son action, à faire consacrer contre le garant des obligations différentes quant à leur nature et à leur étendue de celles dont le garanti est lui-même tenu envers le demandeur originaire, l'action récursoire constitue une demande principale à raison de laquelle le défendeur n'est justiciable que du tribunal de son domicile [2].

Ce point posé, on analyse les rapports juridiques des parties en cause, et l'on dit : pour que l'action du patron contre la compagnie fût une action en garantie, susceptible d'être portée, en vertu des art. 59 et 181, devant le tribunal saisi de l'instance principale, il faudrait que cette action eût la même base que celle de l'ouvrier contre le patron. Si ces deux actions trouvent leur origine dans des liens de droit différents, elles sont toutes les deux directes et principales ; il ne saurait être question d'appel en garantie. Or, en fait, si le patron procède bien contre la compagnie en vertu de la police d'assurance, l'ouvrier ne saurait invoquer ce contrat auquel il n'était pas partie et qui ne lui confère aucun droit ; il ne peut agir contre son patron qu'à raison des retenues effectuées sur ses salaire, en rendement de compte de gestion. Les deux instances tendent donc à la reconnaissance d'obligations différentes ; elles sont toutes les deux directes et principales.

La réponse à l'objection se trouve dans la solution donnée à cette question : le patron a-t-il été le gérant d'affaires de l'ouvrier ?

Si la réponse est négative, l'objection est fondée. Le patron ne peut pas plus appeler la compagnie en cause que s'il était ac-

[1] Caen, 6 février 1826, Rép. Dall. v° *Comp. civ. des Trib. d'arr.* n° 253.

[2] Paris, 31 déc. 1885, *Gaz. des Trib.*, 23 janv. 1886.

Digitized by Google

tionné en paiement d'une indemnité à raison d'un accident engageant sa responsabilité civile. Il est incontestable que, dans cette dernière hypothèse, l'action en réparation de la faute commise, et l'action récursoire du patron, personnellement assuré, contre la compagnie, mettent en jeu des principes de droit différents, des obligations découlant d'origines diverses [1]. De même, si l'ouvrier fait valoir contre le patron une obligation personnelle, étrangère au contrat d'assurance, alors que le patron invoque ce contrat contre la compagnie, les deux actions n'ont pas la même base juridique : l'appel en garantie est irrecevable.

Mais si l'on admet, comme je crois l'avoir démontré, que l'assurance passée par le patron a constitué, au regard de l'ouvrier, un quasi contrat de gestion d'affaires, il s'ensuit que l'action principale de l'ouvrier et l'action récursoire du patron ont la même origine, et que l'appel en garantie est possible.

3° Enfin, dans le cas où l'instance principale est portée devant un tribunal civil, on a fait valoir que l'assurance contractée par le patron était de sa part une opération commerciale, comme de la part de la compagnie, et que les litiges auxquels elle donnait lieu entre lui et la compagnie ne pouvaient être soumis qu'à la juridiction consulaire.

Dans son jugement ci dessus rappelé du 9 février 1886, le tribunal de Valence me paraît avoir péremptoirement répondu.

« Attendu qu'il n'y a pas lieu de s'arrêter au moyen tiré de la prétendue commercialité du contrat intervenu entre G. et Cie et la compagnie « La Confiance » ; en effet, il n'est pas exact de prétendre qu'il ait eu pour objet de diminuer les chances de pertes que pourraient courir G. et Cie, puisque l'assurance n'a pour objet que des accidents qui n'engagent pas leur responsabilité civile, — ni qu'elle ait été contractée pour faciliter le recrutement des ouvriers qui n'ont pas manifesté le désir qu'une telle assurance fût conclue ; et que, si, à côté de l'assurance qui sert de base au procès, il en existe une autre qui couvre la responsabilité civile de G. et Cie, il est impossible de la considérer comme étant le contrat principal affectant de son caractère de

[1] Aix, 6 août 1883, D. P. 85. 2. 63. — Rouen, 30 nov. 1883, *Gaz. du P.* 84. 1. 357. — Cass. 23 juillet 1884, D. P. 85. 1. 168.

Digitized by Google

commercialité le contrat relatif aux accidents fortuits, qui ne serait qu'un accessoire, puisque, aux termes mêmes de cet acte, il n'est que le complément du premier, et qu'il est expressément interdit de le produire.

« Attendu d'ailleurs que, s'il est vrai de dire en un certain sens qu'un tribunal ne peut connaître d'une instance en garantie qu'autant qu'il eût été compétent pour la juger dans les cas où elle eût été formée par action séparée, cette règle n'est applicable qu'au cas d'incompétence absolue, c'est-à-dire où le garant serait traduit devant un juge d'exception; mais elle cesse de l'être dans les cas où, comme au procès actuel, l'incompétence prétendue ne serait qu'une incompétence relative, le tribunal devant lequel est traduit le garant ayant plénitude de juridiction. »

Ainsi, me résumant sur le premier moyen que peut employer le patron pour répondre à la demande dirigée contre lui, je dis qu'il a le droit de mettre la compagnie en cause et de conclure contre elle à une condamnation au bénéfice de l'ouvrier. Cela fait, il est libéré.

Dans le système qui reconnaît un lien de droit entre l'ouvrier et la compagnie, ce procédé assure à la victime de l'accident l'intégrale indemnité.

Il peut ne pas en être de même si l'on admet le circuit d'obligations, et si l'on considère le patron comme seul créancier de la compagnie. Dans cette hypothèse, tout créancier du patron peut intervenir dans l'instance au motif que les conclusions prises par le défendeur contre l'assureur au profit de l'ouvrier constituent en réalité une cession de droits faite à son préjudice. En effet, si l'on suivait l'ordre régulier des créances, l'indemnité devrait être versée par la compagnie entre les mains du patron et augmenter son patrimoine, gage commun de tous ses créanciers parmi lesquels se trouve le géré, non privilégié.

Deuxième moyen : Remise du titre à l'ouvrier.

En second lieu, le patron, pour se tirer de demeure, peut donner à l'ouvrier les moyens de continuer lui-même la gestion de son affaire, de s'adresser directement à la compagnie. Il lui suffit de le mettre en possession du contrat d'assurance.

Aux termes de l'art. 1372, C. C., il n'est tenu de continuer la

Digitized by Google

gestion que tant que le propriétaire n'est pas en état d'y pourvoir lui-même. Dès l'instant qu'il aura fourni au géré l'arme dont celui-ci pourra se servir contre la compagnie, il sera autorisé à se désintéresser du débat; il aura rempli toutes ses obligations.

Cette remise, libératoire si l'on admet l'action directe de l'ouvrier contre le tiers assureur, serait insuffisante si cette action directe était déniée.

Elle devrait être accompagnée d'une cession des droits du patron contre la compagnie.

Ici encore, l'ouvrier serait exposé à voir un créancier du patron attaquer cette cession comme faite en fraude de ses droits, et demander à concourir sur le montant de l'indemnité.

Cette prétention serait admise, puisque l'hypothèse que j'examine ne peut se présenter que si on considère le patron comme créancier unique de la compagnie.

B. — Action en responsabilité personnelle.

L'action en achèvement de gestion est-elle la seule que l'ouvrier puisse diriger contre son patron?

J'ai déjà repoussé la théorie d'après laquelle celui-ci serait le véritable assureur de l'ouvrier. Je n'admets donc pas au profit de ce dernier un droit résultant d'un contrat.

Toutefois j'estime que, dans certaines circonstances, le patron est tenu d'une obligation directe et personnelle naissant non d'une convention, mais d'un quasi-délit.

Je m'explique.

A-t-il fait connaître à ses ouvriers la compagnie avec laquelle il a traité dans leur intérêt, les laissant libres de participer ou non aux bénéfices de l'assurance? Il n'est que gérant d'affaires.

Au contraire, leur a-t-il laissé ignorer le nom de cette compagnie, se bornant à retenir une certaine portion du salaire pour le paiement des primes à un assureur inconnu? Ou bien leur a-t-il imposé, comme condition d'embauchage, de consentir un prélèvement sur leurs salaires pour payer les primes à une compagnie même désignée? Il peut être tenu vis-à-vis d'eux d'une obligation personnelle.

(*a*) Dans le premier cas, il a limité son intervention au rôle d'un simple intermédiaire.

Digitized by Google

« Voilà, a-t-il dit à ses ouvriers, l'assureur que je vous ai procuré, celui qui s'oblige à vous payer une certaine somme si vous êtes victimes d'accidents qui n'engagent pas ma responsabilité. Prenez sur son compte les renseignements que vous jugerez nécessaires. Si vous voulez l'accepter comme votre assureur, c'est-à-dire comme votre débiteur éventuel, versez les primes entre mes mains; c'est moi qui suis chargé de les payer. Si vous ne l'acceptez pas, ne payez rien. »

Lorsque, dans ces conditions, un ouvrier consent à subir la retenue, il sait à qui elle est destinée, il connaît l'assureur qui devra l'indemniser si une catastrophe se produit; il ne peut croire un seul instant, en l'absence de toute garantie du patron, que celui-ci soit tenu vis-vis de lui au paiement de l'indemnité.

Pourquoi le patron serait-il obligé, puisqu'il n'a pas pris d'engagement? Comme le mandataire, le gérant n'est responsable que de son dol ou de ses fautes (art. 1372, et 1992 C. C.). Hors de là, il n'a qu'une obligation : « Continuer la gestion qu'il a commencée et l'achever jusqu'à ce que le propriétaire soit en état d'y pourvoir lui-même. » Il a constitué une créance au profit du géré contre un débiteur déterminé; le géré a accepté purement et simplement ce débiteur. Quel principe de droit invoquerait-on pour faire peser sur le gérant la charge d'une garantie qu'il n'a pas offerte, qui ne lui a pas été demandée? Le cautionnement ne se présume pas; il doit être exprès (art. 2015, C. C.). Si, dans certains cas, il peut être imposé comme conséquence d'une faute commise, où donc est la faute du patron qui assure ses ouvriers à une compagnie librement acceptée par eux après examen de sa solvabilité, examen auquel il les a mis à même de procéder? Donc, ni obligation personnelle, ni obligation de garantie.

Par conséquent le patron n'est tenu qu'à continuer la gestion, à procurer à l'ouvrier le bénéfice du contrat d'assurance. Son obligation est la mesure des droits de l'ouvrier. Dès l'instant qu'il l'a remplie par un des deux moyens indiqués plus haut, sa responsabilité est complétement dégagée, aucune condamnation ne peut être prononcée contre lui.

Une exception doit cependant être prévue.

Aux termes des art. 1372 et 1992 combinés, le gérant d'affai-

Digitized by Google

res est responsable de son dol et de sa faute. Si par négligence ou mauvais vouloir, il met ou laisse le géré dans l'impossibilité de se faire payer par la compagnie, il doit réparer le dommage causé, il est tenu d'une obligation personnelle : l'ouvrier peut, par une action directe, lui réclamer le montant de l'indemnité [1]. Sa faute étant prouvée, et quand bien même il se déciderait tardivement à se tirer de demeure, une condamnation doit être prononcée contre lui [2].

(*b*). J'aborde maintenant la seconde hypothèse.

Le patron ne fait pas connaître à ses ouvriers la compagnie avec laquelle il a traité. Il se borne à leur dire : « Ceux d'entre vous qui veulent être assurés contre les accidents fortuits, à concurrence de telles indemnités selon la gravité de l'accident, n'ont qu'à consentir une retenue de tant pour cent sur leurs salaires. »

J'estime que, dans ces conditions, indépendamment de l'obligation qu'il contracte comme gérant d'affaires (la gestion pouvant être ignorée du géré [3]), il est personnellement tenu ; une action peut être dirigée contre lui.

L'ouvrier, payant sa prime sous la forme des retenues stipulées, ne connaît que le patron ; c'est en lui qu'il a confiance ; c'est à lui qu'il compte s'adresser au cas où l'assurance devra produire effet.

Dira-t-on que je crée ainsi un véritable contrat pour la validité duquel l'accord des deux volontés est nécessaire, et que, si je justifie de l'intention de l'ouvrier, je ne saurais songer à établir l'intention corrélative du patron ?

Je ne prétends pas qu'il y ait contrat. En regard de la volonté de l'ouvrier, je place non la volonté du patron mais sa faute.

L'ouvrier à qui l'on fait connaître la compagnie proposée peut, avant de l'accepter, d'une part se renseigner sur sa solvabilité, d'autre part examiner dans quelles conditions, avec quelles formalités il aura le droit de s'adresser à elle. Ce sont là les conditions préliminaires de son adhésion. Qu'il prenne ou ne

[1] Douai, 15 février 1886, *Gaz. du P.*, 28 février 1886.

[2] Trib. Seine, 8 déc. 1880, Bonneville de Marsangy, III, p. 258.

[3] « Il importe peu que le maître de l'affaire ait eu ou non connaissance de la gestion. » (Aubry et Rau, T. 4, p. 723).

Digitized by Google

prenne pas ces précautions, peu importe ! Il doit être mis en mesure de les prendre.

Le silence de son patron, qui perçoit les primes, lui inspire une confiance absolue. Comment celui qui a fait naître cette confiance ne serait-il pas responsable de l'erreur dans laquelle il a induit l'assuré, et des conséquences légales d'une situation que lui-même a créée ?

Je ne soumets pas le patron à un cautionnement qu'il n'a pas formellement souscrit ; je fais peser sur lui la responsabilité de la faute qu'il a commise en ne donnant pas des renseignements suffisants à l'ouvrier qui, eu égard à leur situation respective, devait nécessairement s'en rapporter à sa recommandation.

Sans doute une simple recommandation ne constitue pas en principe un cautionnement, mais il est de règle, et il a été jugé qu'elle peut constituer une faute lourde engageant la responsabilité de celui qui la donne sans éclairer suffisamment celui à qui il s'adresse [1].

L'arrêt de Lyon trouve l'élément de cette responsabilité dans le fait du notaire qui fait passer un acte à une femme âgée et peu intelligente, sans lui en indiquer les conséquences dangereuses et la mettre à même de donner son consentement en pleine connaissance de cause.

La situation du patron n'est pas plus favorable.

L'ouvrier, ignorant de bien des choses, qui voit le chef de l'établissement, homme plus riche et plus instruit, offrir à ses employés une assurance contre les accidents dont ils seront victimes, n'est-il pas nécessairement amené à se dire que cette proposition n'est pas faite à la légère et sans examen préalable de ce que vaut l'assureur ? qu'il se procurera par son acceptation une garantie sérieuse dont la solidité lui est démontrée précisément par ce fait que le patron la lui offre sans explications ?

Dans ces circonstances, la confiance s'impose de l'ouvrier au patron.

Dès lors, si, à un moment donné, l'ouvrier est dans l'impossi-

[1] Rouen, 30 juin 1851, D. P. 53. 2. 154. — Trib. de paix de Briare, 16 nov. 1860, D. P. 71. 5. 52. — Lyon, 23 août 1866, sous. Cass. D. P. 71. 1. 246.

Digitized by Google

bilité d'obtenir de la compagnie l'indemnité promise, il est en droit de se retourner contre le patron et de lui dire : « C'est vous qui m'avez fait assurer sans me renseigner sur la solvabilité de l'assureur. Votre devoir, en présence d'un ouvrier qui devait forcément s'en rapporter à vous, était de m'éclairer, de me mettre en mesure de rechercher si la compagnie présentée par vous me donnait des garanties suffisantes, si je l'acceptais à cause d'elle et non à cause de vous. Vous avez gardé le silence, m'imposant ainsi l'obligation de l'accepter en considération de la confiance que vous m'inspiriez. Vous avez commis une faute ; réparez le préjudice qu'elle me cause. »

(*c*) Dans la troisième hypothèse prévue, la responsabilité du patron ne me paraît pas moins certaine.

Il a contracté une assurance collective au profit de ses ouvriers. Quiconque demande à être engagé dans son établissement est prévenu qu'il ne sera admis que s'il consent la retenue des primes sur ses salaires. L'acceptation de la compagnie d'assurances à laquelle il a plu au patron de s'adresser est une condition du contrat de louage d'ouvrage qui intervient.

Il a été jugé que cette condition avait comme conséquence l'obligation pour le patron de garantir le paiement de l'indemnité [1]. Cette thèse ne me paraît pas admissible en tant qu'elle suppose un engagement tacite du patron dont l'intention n'est pas suffisamment établie. Je fais découler l'obligation d'une autre cause.

Si, comme je crois l'avoir démontré, la simple recommandation peut, dans certaines circonstances, engager la responsabilité du patron, à plus forte raison doit-il en être de même ici. Il y a plus qu'un conseil, il y a une obligation imposée. L'ouvrier libre, si l'on veut, d'aller chercher ailleurs un travail nécessaire et peut-être difficile à trouver, n'est pas libre, s'il veut être agréé, de discuter la valeur de la compagnie à laquelle on l'assure. C'est le patron qui la choisit et qui le force à l'accepter. Cette contrainte est la plus puissante de toutes les recommandations. Au cas où la compagnie ne peut payer l'ouvrier assuré, elle constitue une faute lourde à la charge du patron.

[1] Dijon, 27 mars 1882, D. P. 82. 2. 225.

Digitized by Google

(*d*) Après avoir déterminé les cas dans lesquels le patron, en dehors des devoirs que lui incombent comme gérant d'affaires ordinaire, peut être personnellement tenu envers l'ouvrier, il me reste à préciser les conditions dans lesquelles il pourra être recherché de ce chef et l'étendue de son obligation.

Du principe que le patron est uniquement responsable du préjudice qu'il a occasionné découlent les conséquences suivantes : Si la compagnie fonde son refus de paiement sur une faute commise par l'ouvrier, par exemple une déchéance encourue, le patron n'est pas responsable d'un dommage dont il n'est pas l'auteur. L'ouvrier ne peut agir contre lui qu'en établissant d'abord sa faute, ensuite le préjudice résultant de cette faute. Tant que cette preuve n'est pas faite, il n'a que les droits du géré contre le gérant.

La responsabilité du patron dérive d'une faute commise par lui. Elle se mesure au préjudice subi par l'ouvrier à raison de cette faute. Si la police est connue, le préjudice souffert est égal au chiffre de l'indemnité due et non payée. Comment l'évaluer si la police est inconnue ? L'assuré aura le droit de prouver de toutes façons le paiement des primes par les retenues sur les salaires, et il appartiendra aux tribunaux de déterminer le montant de l'indemnité.

(*e*) Le patron personnellement condamné a-t-il un recours contre la compagnie d'assurances ?

Je distingue.

Si le refus de la compagnie n'a pas d'autre motif que le mauvais vouloir, des embarras d'argent ou toute autre cause laissant subsister sa dette, le recours doit être accueilli. Bien qu'envers l'ouvrier le patron fût obligé comme responsable du préjudice occasionné par sa faute, c'est en réalité pour le compte de la compagnie qu'il a payé, c'est elle qui est la véritable débitrice en vertu du contrat d'assurance.

Mais, si, au contraire, la compagnie démontre qu'elle ne doit rien, qu'elle peut légitimement s'abriter derrière une déchéance imputable au patron, le recours doit être rejeté. Ce n'est plus la dette de l'assureur que le patron a acquittée, c'est la dette qui lui incombait personnellement à raison de sa faute. Quel droit met-

Digitized by Google

trait-il en mouvement contre la compagnie, puisque celle-ci n'était obligée qu'en vertu du contrat d'assurance, et que, par son fait à lui, elle a été libérée des charges que ce contrat pouvait lui imposer?

Le recours du patron contre la compagnie ne peut s'exercer que par voie d'action principale et non par voie d'action en garantie. L'appel en garantie n'est, en effet, possible que lorsque la demande principale et la demande récursoire dérivent d'une même cause juridique. Or l'ouvrier trouve le principe de son action dans la faute du patron, tandis que celui-ci invoque le contrat d'assurance.

II.

ACTION CONTRE LA COMPAGNIE.

§ 1er. — *Principe de l'action.*

L'ouvrier a-t-il une action directe contre la compagnie assureur? Ou bien peut-il simplement, en sa qualité de créancier du patron, agir contre elle en vertu de l'art. 1166, C. C.?

En d'autres termes, l'assurance collective a-t-elle créé un lien de droit entre la compagnie et l'ouvrier?

La question a une importance pratique considérable en cas d'insolvabilité du patron : l'ouvrier, créancier personnel de la compagnie, recevra seul l'indemnité totale; créancier du patron, dont il exercera les droits, il fera entrer dans la caisse de son débiteur l'indemnité sur laquelle il n'a aucun privilège [1], et qui sera partagée entre tous les créanciers de ce débiteur. Conséquence déplorable et inique : le préjudice éprouvé par la victime ne sera pas réparé; son accident sera une source de bénéfices pour les autres créanciers du patron.

A mes yeux, il existe entre l'ouvrier et la compagnie un véritable lien de droit, qui résulte du quasi-contrat de gestion d'affaires dont j'ai démontré l'existence.

Le géré, bénéficiaire du contrat d'assurance, a ratifié ce contrat par le paiement volontaire des primes. Il peut agir contre le tiers qui a traité avec le gérant.

Ce principe ne souffre aucune difficulté en thèse générale.

[1] V. *Rev. crit.*, 1886, p. 407 et s.

Digitized by Google

M. Labbé [1] le justifie et le formule en ces termes : « Le tiers avec qui le gérant a contracté a consenti à traiter celui-ci comme un représentant autorisé du véritable intéressé. Il a considéré la personne du maître comme sa partie adverse dans le contrat..... De ce que la ratification est assimilée au mandat [2], il s'ensuit qu'entre les tiers et celui dont le nom a été mis en avant des rapports directs s'établissent. »

Mais on a contesté l'applicabilité de cette règle à la matière des assurances collectives, parce qu'il est d'un usage constant d'insérer dans les polices une clause aux termes de laquelle « l'assurance étant contractée au nom et pour le compte du patron, l'ouvrier n'a ni droit ni action contre la compagnie pour le règlement de l'indemnité » [3].

Dans une note insérée au recueil de Sirey [4], M. Labbé soutient que cette rédaction s'oppose à toute action directe de l'ouvrier contre la compagnie.

M. Sauzet [5] déclare sa démonstration péremptoire.

Je ne me dissimule pas qu'il y a quelque témérité à combattre une thèse aussi puissamment défendue. Je l'essaie toutefois, non sans redouter les dangers de l'entreprise, mais pour rendre hommage à ce que je crois être la vérité.

La théorie de MM. Labbé et Sauzet peut se résumer en ces deux propositions :

1° « Pour que le gérant d'affaires fasse acquérir au géré le droit par lui stipulé, il faut qu'il ait, comme le mandataire, agi au nom d'autrui (art. 1372, 1984, C. C. 94 C. com.). Or, dans la police, il est déclaré expressément que l'assurance est contractée au nom et pour le compte du patron. »

2° « L'art. 1372, qui soumet le gérant d'affaires aux mêmes obligations qu'un mandataire, ne donne pas expressément et ne devait pas donner au géré action contre le tiers avec lequel le

[1] Dissertation sur les effets de la ratification des actes d'un gérant d'affaires, p. 9 et 10.

[2] V. en ce sens : Aubry et Rau, T. 4, p. 726. — Cass. 7 nov. 1864, D. P. 65. 1. 165. — 6 nov. 1865, D. P. 66. 1. 252.

[3] Art. 20 de la police de la Compagnie générale d'assurance terrestre contre les accidents.

[4] S. 1885. 1. 409.

[5] *Rev. crit.*, 1886, p. 376

Digitized by Google

gérant a traité..... Que d'un acte fait par un gérant il puisse résulter un droit de créance au profit du *dominus negotii*, c'est une faculté que notre droit moderne accorde, ce n'est pas une nécessité qu'il impose..... Le tiers n'est obligé envers le géré ou le mandant (lequel n'a point paru dans l'affaire) que lorsqu'il y a consenti. Cela est élémentaire. Pour être obligé contractuellement envers une personne, il faut l'avoir voulu. Or, le texte du contrat, dans l'espèce, proteste avec énergie contre l'idée qu'il en puisse résulter un droit de créance au profit de l'ouvrier contre la compagnie. »

Ainsi, bien « que le patron ait fait, dans un sens vague, l'affaire de ses ouvriers », il n'y a pas, à proprement parler, quasi-contrat de gestion d'affaires. D'autre part, admettrait-on ce quasi-contrat, accepterait-on qu'en principe la gestion d'affaires a pour conséquence la création d'un lien de droit entre le géré et le tiers, ici ce lien de droit n'existe pas parce que le tiers n'a pas voulu qu'il existât.

J'ai déjà répondu au premier moyen de l'argumentation [1]. J'espère avoir démontré qu'il s'agissait bien ici d'un véritable quasi-contrat de gestion d'affaires.

Il ne me reste donc qu'à examiner le second argument.

La clause par laquelle le tiers a déclaré ne pas vouloir connaître le géré est-elle valable à l'encontre de ce dernier ?

Nous savons qu'en vertu des règles générales le géré trouve dans l'acte de gestion ratifié par lui le principe d'un droit contre le tiers. En thèse, le développement normal de cet acte est celui-ci : lien de droit entre le gérant et le géré par le fait de la gestion, lien de droit entre le tiers et le géré par la ratification.

Les obligations du tiers envers le géré sont, selon la formule que j'ai déjà employée, la suite légale et nécessaire de la gestion ratifiée.

Le tiers peut-il s'y dérober par une déclaration de volonté contraire ?

Sans doute, les conventions font la loi des parties, et, dans leurs rapports réciproques, le tiers et le gérant peuvent arrêter telles conditions qu'il leur plaît, à moins qu'elles ne soient contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs.

[1] V. *Suprà*, p. 7-10.

Digitized by Google

Mais lorsqu'une troisième partie est intéressée à la convention, que l'acte a pour effet nécessaire de lui conférer un droit, je dis que la clause par laquelle l'exercice de ce droit lui est dénié n'a aucune valeur contre elle tant qu'elle ne l'a pas approuvée.

L'ouvrier était étranger au contrat intervenu entre le patron et la compagnie. Si la gestion de son affaire produit des effets juridiques qu'il ne saurait éluder, lui impose des obligations auxquelles il ne saurait se soustraire lorsqu'il aura ratifié l'acte du gérant, cette règle n'est vraie qu'en ce qui concerne les conséquences normales résultant du quasi-contrat par la seule force de la loi.

Mais, quant aux conditions exceptionnelles, dérogatoires au droit commun, elles sont pour lui *res inter alios acta*, elles ne lui sont opposables que s'il les a connues et acceptées.

J'invoque les règles en matière de *mandat;* j'en ai le droit puisque *ratihabitio mandato æquiparatur.*

Aux termes de l'art. 1998, C. C., le mandant n'est tenu de ce qui a pu être fait au delà des pouvoirs par lui donnés qu'autant qu'il l'a ratifié expressément ou tacitement. Il n'a même pas besoin d'en faire prononcer la nullité : il lui suffit de déclarer qu'il ne le reconnait pas [1].

Quel est donc, dans l'assurance collective, en l'absence de toute procuration explicite, le mandat que l'ouvrier ratifiant doit être présumé avoir donné à son patron? Celui de lui procurer un assureur auquel il pourrait s'adresser conformément aux principes généraux du droit. Tout ce que le patron a stipulé en dehors de ces limites dépasse ses pouvoirs et n'est opposable à l'ouvrier que s'il y a eu approbation de sa part. Si le mandataire prétend qu'il a été autorisé à restreindre les droits de son mandant, il sera bien obligé, je suppose, de le prouver?

Objectera-t-on que, par le paiement des primes, le géré a ratifié le contrat conclu par son représentant, et que cette ratification emporte acceptation de toutes les clauses de la police?

Sans doute, s'il était établi que l'ouvrier, lorsqu'il a payé les primes, connaissait la clause, savait qu'il ne pourrait pas s'a-

[1] Dalloz, *Jur. gén.*, v° *mandat*, n° 395, — Cour d'appel de Savoie 8 juillet, 1854, D. P. 55. 2. 242.

Digitized by Google

dresser directement à la compagnie, il serait vrai de dire qu'il a ratifié le contrat dans cette condition spéciale, qu'il a consenti à n'avoir que le patron pour débiteur.

Mais je conteste que cette preuve puisse résulter du seul paiement des primes, en ce que le paiement impliquerait soit une ratification générale et complète de la police, soit une ratification spéciale de la clause débattue.

Je veux bien qu'il n'appartienne pas au mandant, *lorsqu'il connaît le contrat et toutes ses conditions*, de scinder son acceptation et de ratifier certaines clauses seulement de la convention : il doit l'approuver ou la rejeter pour le tout.

Mais, en regard de cette règle, j'en place une autre non moins sage, formulée au sujet de l'art. 1338 : « L'exécution volontaire, comme la ratification formelle, comme la novation, ne peuvent évidemment avoir leur effet que dans les limites dans lesquelles elles ont eu lieu [1]. »

C'est par application de ce principe qu'une jurisprudence constante [2] décide, dans l'interprétation de l'art. 1338, que l'exécution volontaire d'un acte n'emporte confirmation ou ratification que dans le cas où il est positivement certain que l'exécution a eu lieu en pleine connaissance du vice dont l'acte était infecté, et dans l'intention de réparer ce vice, de telle sorte que, lorsqu'un acte renferme plusieurs vices intrinsèques, la mention de l'une d'eux dans la ratification ne couvre pas la nullité à l'égard des autres.

Ce que je retiens, comme principe général et de fond, de ces règles, spéciales en certains points de forme à la confirmation d'un acte annulable, c'est que la volonté du ratifiant est un élélément essentiel de la ratification, qu'elle doit être recherchée, et que l'exécution volontaire ne peut avoir son effet que dans les limites de cette volonté dont l'étendue est nécessairement déterminée par la connaissance que le ratifiant avait des nullités à couvrir, des stipulations à approuver.

La Cour suprême a admis la divisibilité de la ratification qui

[1] Marcadé, sous l'art. 1338.

[2] Dalloz, C.C. annoté, art. 1338, n° 119, — Sirey, C.C. annoté, art. 1338, n° 18, et Supp. même art. n°s 6 et 9.

Digitized by Google

peut être considérée, suivant les circonstances, comme s'appliquant soit à l'entier contrat avec toutes ses conditions, soit seulement à son objet essentiel.

Une mineure avait acquis divers immeubles *solidairement* avec des majeurs. L'acte avait été plus tard ratifié par les époux Pouvillon, ses héritiers capables. La Cour de Toulouse le déclara valable en tant que vente obligeant les mariés Pouvillon, mais refusa de soumettre ceux-ci à la solidarité convenue. Le pourvoi dirigé contre cet arrêt arguait de la violation des art. 1311 et 1338 en ce que, tout en reconnaissant que le vice de minorité dont se trouvait entachée l'acquisition litigieuse avait été couvert par une ratification quant à la fixation du prix de vente, la Cour avait refusé d'étendre les effets de cette ratification à la solidarité stipulée dans l'acte. La Cour de cassation répondit en ces termes :

« Attendu qu'il résulte des faits énoncés en l'arrêt que la question était de savoir si, en ratifiant le contrat de vente relativement au prix, les époux Pouvillon avaient entendu également le ratifier quand au paiement du prix avec solidarité; que c'était là une question d'intention se rattachant à l'acte de ratification, soit entière, soit partielle; que le droit de rechercher l'intention qui aurait présidé au dit acte était une question d'interprétation et d'appréciation de faits, appartenant souverainement au juge du fond [1]. »

Il est donc bien certain que la volonté du ratifiant doit être recherchée non seulement pour l'objet essentiel du contrat, mais encore pour ses stipulations accessoires.

Demandons-nous maintenant si le paiement des primes implique la ratification de la clause refusant à l'ouvrier action directe contre la compagnie.

Je sais que « l'appréciation des faits et circonstances de nature à emporter ratification tacite est abandonnée à la prudence des tribunaux [2]. »

Mais cette faculté laissée aux juges s'exerce sous le contrôle et la garantie de certaines règles que j'applique au fait du paiement.

Pour qu'il y ait ratification tacite, « il est essentiel, ainsi que

[1] Cass. 29 juin 1857, D. P. 58. 1. 33.

[2] Aubry et Rau, T. 4, p. 651. — Jurisprudence constante.

Digitized by Google

l'exige l'art. 1338 C. C., pour la ratification tacite des obligations, que le mandant ait connaissance des actes faits ou des engagements pris en son nom par le mandataire [1]. »

La ratification est une manifestation de volonté. Il est évident que, pour vouloir approuver un fait, accepter un engagement, il faut le connaître.

C'est à la compagnie, demanderesse sur l'exception tirée de la ratification, à prouver cette connaissance du fait ratifié [2].

Qui pourrait soutenir que le consentement à la retenue des primes sur les salaires établit péremptoirement la connaissance par l'ouvrier de la clause lui déniant une action directe contre la compagnie? Ce paiement signifie, si l'on veut, que l'ouvrier a consenti à être assuré, qu'il a accepté l'assureur procuré par le patron; mais il ne démontre nullement par lui-même que l'ouvrier connaissait les clauses exceptionnelles de la police.

Non seulement il est naturel de lui attribuer cette portée, mais, alors même qu'une autre interprétation serait posssible, cette possibilité ne suffirait pas pour faire preuve. « Des circonstances qui ne constituent qu'une connaissance conjecturale ne sauraient équivaloir à la connaissance certaine exigée par la loi [3]. »

Il doit en être d'autant plus ainsi dans l'hypothèse examinée que la ratification prétendue emporte renonciation à un droit, et qu'il faut difficilement admettre l'abandon tacite d'un droit.

La Cour de Nimes, recherchant si une clause de la police qui porte atteinte aux droits de l'ouvrier peut être invoquée contre lui, répond négativement par le motif qu'il ne l'a pas consentie : « En effet, si l'ouvrier s'est soumis à une retenue de 2 pour 100 sur son salaire en vue de l'assurance qui devait le garantir contre les accidents, il n'a pas donné mandat à son patron de contracter cette assurance sous cette condition..... On prétendrait vainement que le règlement affiché dans les chantiers portait cette clause; nul n'est censé avoir tacitement renoncé à son droit, et il ne suffirait pas pour un patron d'avoir, dans un règle-

[1] Cass. 27 juillet 1863, D. P. 63, 1, 460.

[2] Demolombe, T. 6 *des Contrats*, n° 773, — Aubry et Rau, T. 4, p. 267, texte et note 22.

[3] Cass. 19 déc. 1853, D. P. 54. 1. 31.

Digitized by Google

ment relatif à la police du chantier, indiqué cette déchéance pour qu'elle liât l'ouvrier qui aurait subi la retenue pour l'assurance; en fait, il n'est point établi que Ceysson (l'ouvrier) en ait eu connaissance [1]. »

Ainsi, la Cour de Nimes, après avoir posé en principe qu'une clause de la police restreignant les droits de l'ouvrier ne peut être invoquée contre lui que s'il l'a consentie, déclare que ce consentement ne saurait résulter du paiement volontaire des primes, alors même que la clause en question serait insérée dans un règlement affiché dans les chantiers. Ce qu'il faut, pour établir la renonciation à un droit, ce ne sont pas des présomptions, c'est une preuve certaine.

En résumé, le paiement des primes n'emporte pas ratification de la clause aux termes de laquelle l'ouvrier n'aurait pas d'action contre la compagnie.

Cette clause, ayant été consentie par le patron en dehors des limites de sa gestion ratifiée, c'est-à-dire de son mandat, n'est pas opposable à l'ouvrier.

Il s'ensuit que celui-ci se trouve sous l'empire des règles ordinaires du quasi-contrat de gestion d'affaires, et que, par l'effet de la ratification, un lien de droit s'est établi entre lui et la compagnie d'assurances.

Il est sans doute désagréable pour le tiers de se voir imposer une obligation dont il n'a pas voulu ! Il porte le poids de sa faute, de son imprudence. Lorsqu'il a traité avec le gérant, il savait (nul n'est censé ignorer la loi) qu'une troisième personne, le géré, était intéressée à l'acte, qu'elle allait acquérir par la seule force des règles générales le principe d'un droit contre lui, et que ce droit deviendrait effectif par la ratification; il savait, ou il avait tort de ne pas savoir, que toutes ses réserves, toutes ses protestations contre ce droit éventuel étaient sans valeur à l'égard du géré, étranger à l'acte, qui ne pouvait perdre que par son consentement formel les droits que lui confère la loi.

Pendant plusieurs années, les compagnies n'avaient inséré dans les polices aucune stipulation relative à leurs relations juridiques avec les ouvriers. Le lien de droit n'était pas douteux. Un jour

[1] Nimes. 24 avril 1882 sous Cass. D. P. 1886. 1. 201.

Digitized by Google

elles ont voulu modifier la situation, briser ce lien de droit. Elles ont alors introduit dans les contrats la clause sur laquelle je discute. Ce moyen était-il légalement suffisant ? La négative me paraît résulter avec certitude de l'argumentation à laquelle je me suis livré.

La jurisprudence a eu plusieurs fois à statuer sur l'existence ou la non-existence de l'action directe compétant à l'ouvrier contre la compagnie, et le plus souvent elle s'est prononcée pour l'affirmative [1].

Les arrêts ou jugements qui admettent l'action directe s'appuient sur des motifs divers.

Les uns invoquent un quasi-contrat intervenu entre la compagnie et l'ouvrier par le fait que la compagnie a touché la prime. J'avoue qu'il m'est difficile de voir là les éléments d'un quasi-contrat que le tribunal de Carpentras ne précise pas autrement.

D'autres invoquent l'art. 1121, C. C., dont j'ai démontré l'inapplicabilité à la matière.

D'autres enfin prennent pour base de leurs décisions l'art. 1372. Dans son arrêt du 1er juillet 1885, la Cour de cassation statue en ces termes : « Attendu que la convention intervenue entre la compagnie et les entrepreneurs constitue, au regard de leurs ouvriers, une véritable gestion de l'affaire d'autrui dans le sens de l'art. 1372 C. C., qu'elle a été ratifiée et exécutée par Ceysson (l'ouvrier) au moyen du paiement des primes, et qu'ainsi il s'est établi entre lui et la compagnie un lien de droit qui obligeait celle-ci envers lui en cas d'accident. »

On le voit, la Cour suprême est muette sur l'objection tirée de la clause par laquelle la compagnie a refusé d'accepter l'ouvrier comme créancier. J'espère avoir démontré que cette objection ne saurait porter atteinte au principe consacré par l'arrêt du 1er juillet 1885.

[1] V. pour l'affirmative : Trib. Carpentras, 12 déc. 1883, S. 85. 2. 202, — Nimes, 24 avril 1882, sous l'arrêt de cass. du 1er juillet 1885, — *Trib.* Versailles, 19 janv. 1883, S. 84. 2. 90, — Cass. 1er juillet 1885, D. P. 86. 1. 201, — Paris 30 octobre 1885, S. 86. 2. 49.

Et pour la négative, Lyon, 7 juin 1878, Bonn. de Mars., II, 575, — Trib. Nevers, 13 juillet 1880, Bonn. de Mars. III, 253, Rouen, 25 juillet 1881, S. 82. 2. 112 ; D. P. 82. 2. 63 — Trib. Seine, 17 juillet 1883, *Gaz du P.*, 1er déc. 1885. — Paris, 4 avril, 1884, S. 84. 2. 90, D. P. 85. 2. 42. — V, aussi D, P. 85. 1. 168. note 1,

Digitized by Google

Exception. — Sauf l'hypothèse de ratification de la clause, un seul cas peut se présenter dans lequel l'ouvrier n'a pas d'action directe contre la compagnie, c'est celui où, ignorant l'existence du contrat intervenu, il a cru et voulu avoir le patron pour assureur.

Pour qu'un lien de droit s'établisse entre le géré et le tiers, il faut que le géré ait volontairement ratifié la gestion. Il est évident que, s'il ne l'a pas connue, il n'a pas pu vouloir la ratifier.

C'est à la compagnie, contre laquelle l'ouvrier fait valoir la ratification opérée par le paiement des primes, à prouver que le fait du paiement est inefficace comme manquant d'un élément nécessaire, l'approbation, la volonté de l'ouvrier. Cette preuve, je le reconnais, est difficile à faire; mais, en son absence, la compagnie est sous le coup de la présomption que fait naître l'exécution du contrat. L'intention ratificative du géré résulte suffisamment de cette exécution [1].

§ 2. — *Objet de l'action.*

(*a*). On ne rencontre pas ici les mêmes difficultés qu'en ce qui concerne l'action dirigée contre le patron.

En aucun cas, la compagnie ne peut devoir que l'indemnité stipulée au contrat d'assurance.

Dans l'hypothèse la plus ordinaire, celle où la police est produite en justice, le montant de l'indemnité est déterminé par la gravité de l'accident et ses conséquences. Le tribunal n'a à trancher qu'une question de fait : dans quelle catégorie se trouve placé le demandeur?

La somme fixée lui est directement attribuée, sans que les créanciers du patron, étrangers à ses rapports avec la compagnie, puissent y prétendre un droit quelconque. Il n'en est évidemment pas de même des autres créanciers de la compagnie, qui, en cas d'insuffisance d'actif, concourent avec lui.

Au cas (très rare, sans doute) où, la compagnie prétendant qu'elle n'a pas consenti une assurance collective au patron, l'ouvrier parviendrait à établir l'existence de cette assurance, mais sans pouvoir représenter la police, comment déterminer le montant de l'indemnité?

[1] Nimes, 10 mars 1847, D. P. 48. 2. 175.

Digitized by Google

Deux procédés sont possibles : Si le tribunal connaît les catégories d'accidents prévues habituellement dans ses polices par la compagnie en cause, et le chiffre des indemnités attribuées par elle à chaque catégorie, il s'y référera : s'il ne les connaît pas, il évaluera la somme due d'après le montant des retenues opérées pour le paiement des primes et les proportions ordinairement adoptées.

(*b*). Dans le système qui refuse à l'ouvrier le droit d'actionner directement la Compagnie, et qui l'autorise uniquement à agir contre elle, par application de l'art. 1166 C. C., en exerçant les droits de son débiteur, le patron, créancier lui-même de la compagnie, une règle s'impose : l'ouvrier ne peut exciper de cet article tant qu'il n'est pas établi qu'il a une créance contre son patron [1].

(*c*). La faculté pour l'ouvrier de réclamer une indemnité à la Compagnie en vertu de la police d'assurance ne le prive pas du droit de demander des dommages-intérêts au patron dont une faute aurait engagé la responsabilité, et, inversement, la faute du patron ne libère pas la compagnie [2].

Cette règle ne peut être modifiée : ni par le fait qu'un règlement affiché dans l'atelier fixerait le montant total de l'indemnité due en cas d'accident, puisque ces règlements ne peuvent être considérés comme liant les ouvriers [3], ni par une clause de la police frappant de déchéance l'ouvrier assuré qui aurait préalablement intenté contre son patron une action en responsabilité fondée sur l'art. 1382 C. C [4].

« Cette clause est nulle, dit la Cour de cassation, comme contraire à l'ordre public et à la loi, en ce que, dans l'espèce, elle aurait pour effet de permettre aux patrons de s'exonérer de la responsabilité de leur propre faute, et de contraindre l'ouvrier ou à renoncer à un droit qu'il tient de la loi elle-même, ou à perdre, avec les primes acquittées par lui, tout le bénéfice de l'assurance. »

C'est l'application du principe « qu'il n'est pas permis de stipuler d'avance l'immunité de ses fautes lourdes [5]. »

D'ailleurs, la nullité de la clause n'entraîne pas celle du con-

[1] Cass. 23 juillet 1884, D. P. 85. 1. 168.

[2] Paris, 16 janvier 1883, D. P. 85. 2. 33.

[3] Trib. Seine, 16 janv. 1878, *Journ. des assur.*, 1880, p. 476.

[4] Dijon, 27 mars 1882, D. P. 82. 2. 225, — Nancy, 26 janv. 1884, D. P. 85. 2. 95, — Nimes, 24 avril 1882 et Cass. 1er juill. 1855, D. P. 86. 1. 201.

[5] Cass. 15 mars 1876, D. P. 76. 1. 449.

Digitized by Google

trat, dit encore l'arrêt du 1er juillet 1885, « puisqu'elle ne l'affecte ni dans sa cause ni dans son objet essentiel. »

Il est cependant nécessaire de préciser l'étendue du droit appartenant à l'ouvrier de s'adresser à la fois au patron et à la compagnie.

Ce droit est incontestable lorsque la police couvre d'une façon générale les accidents quelconques dont l'ouvrier pourra être victime. Deux actions s'ouvrent alors, dérivant l'une du contrat, l'autré du quasi-coutrat.

Mais il n'en est pas de même si, comme bien souvent, l'assurance collective vise exclusivement les accidents *n'engageant pas la responsabilité civile du patron.*

A aucun point de vue, la compagnie, liée seulement par le contrat, n'est tenue de répondre des événements qu'elle n'a pas garantis

En fait, dans cette hypothèse, deux situations distinctes ont été prévues : celle où l'ouvrier serait en droit de demander au chef de l'établissement la réparation du préjudice souffert, et celle où il n'aurait pas ce droit. L'assurance collective ne porte que sur cette dernière, et le montant des primes a été calculé en tenant compte de la diminution des risques.

En droit, la validité de cette stipulation ne saurait être contestée : c'est l'assurance restreinte à certaines éventualités, laissant intacts les droits de l'ouvrier dans les circonstances non prévues par la police.

L'ouvrier blessé est sûr d'avoir toujours un débiteur. Si l'accident engage la responsabilité civile du patron, c'est à lui qu'il s'adressera en vertu de l'art. 1382 ; dans le cas contraire, c'est à la compagnie, en vertu du contrat. Mais, de même qu'il ne peut actionner le patron exempt de toute faute, de même il est irrecevable à réclamer de la compagnie une indemnité à raison d'un fait que ne couvre pas l'assurance [1]. H. AUZIÈRE.

[1] Je n'ai examiné que les effets de l'assurance collective relativement à l'ouvrier blessé. A un autre point de vue, et pour compléter le travail, il serait intéressant de rechercher, en cas de décès de l'ouvrier tué par un accident dont le patron n'est pas responsable, quels sont les droits de ses héritiers, de ses créanciers ou des bénéficiaires désignés dans la police. Mais la matière est assez vaste et assez délicate pour nécessiter une étude spéciale. On peut voir sur ce sujet un arrêt de Grenoble du 12 mars 1886, et une savante dissertation de M. Bélat, avocat à Valence, rapportés dans la *Gazette du Palais*, 1886, 2, 12.

Digitized by Google

LA PROPOSITION DE LOI SUR LA NATIONALITÉ AU SÉNAT.

Par M. André Weiss, professeur agrégé à la Faculté de droit de Dijon.

Les problèmes si délicats et si complexes que soulèvent la nationalité, les moyens de l'acquérir, ceux de la perdre, tiennent aujourd'hui à bon droit une grande place dans les préoccupations des jurisconsultes et des hommes d'État. Le flot de l'émigration monte sans cesse, alimenté par l'accroissement rapide de la population en certains pays, et secondé par les progrès d'une science, qui a vaincu la nature et ne connaît plus de distance. Il est donc indispensable de mettre partout la législation d'accord avec les nécessités nouvelles, en proclamant, en réglementant la liberté de l'expatriation, et en répudiant à jamais la doctrine surannée de l'allégeance perpétuelle, dernier vestige de la tyrannie féodale.

Mais, s'il est vrai que la nationalité doit être la conséquence d'un choix libre et éclairé, qu'elle ne peut s'imposer à qui la repousse, pas plus que ne se décrète le patriotisme, sans lequel elle serait la plus intolérable et la plus dangereuse des servitudes, il n'importe pas moins à la vie sociale que nul ne puisse se soustraire aux devoirs de la solidarité humaine, que chacun ait une patrie, au sein de laquelle il exercera sans contrainte les facultés que la Providence lui a départies, sous la protection de ses lois et de ses magistrats.

Enfin nul ne peut avoir deux nationalités. Le cumul des patries, la réunion sur la même tête de droits rivaux et d'obligations inconciliables a peine à se concevoir. « *Duarum civitatum civis esse nemo potest,* » disait déjà Cicéron [1].

Le cosmopolitisme et l'heimathlosat, telles sont les plaies vives du XIXe siècle, et tous les efforts du législateur doivent tendre à y porter remède.

Les règles appliquées à la matière de la nationalité par le Code civil français de 1804 sont loin d'être aujourd'hui à l'abri de tout reproche et de toute critique ; elles ont vieilli, ainsi que maintes dispositions de l'œuvre napoléonienne, et les remaniements

[1] Cicéron, *Pro Balbo*, 11.

Digitized by Google

successifs qu'elles ont subis en 1849, en 1851, en 1869, en 1874, en 1882 et en 1883, n'ont pas toujours, il faut le reconnaître, été inspirés par une vue suffisamment nette et réfléchie des intérêts vitaux auxquels elles ont pour mission de pourvoir. Que d'incohérences, que de contradictions inexplicables se sont glissées dans les lois nouvelles qui sont venues se juxtaposer au texte primitif sans l'abroger! que de difficultés parfois insolubles leur interprétation accumule sous les pas du magistrat le plus exercé, auquel trop souvent la législation en vigueur ne fournit aucun élément de décision.

Seule, une codification rigoureuse pourra donner à nos lois sur la nationalité l'unité et la fixité nécessaires au maintien et au développement des bonnes relations que la France doit entretenir avec les autres nations, surtout avec celles qui vivent à ses portes, et en même temps combler les lacunes si nombreuses qui les déparent encore.

Aussi le monde politique et la diplomatie ont ils accueilli avec grande faveur la proposition de loi sur la naturalisation, dont le regretté M. Batbie avait saisi, dès 1882, le parlement français, et sur laquelle, après les lenteurs presque inévitables auxquelles se heurte toute réforme législative utile, le Sénat vient d'être appelé à se prononcer [1]. Le texte mis en discussion et adopté, après deux délibérations, par la haute assemblée, diffère sensiblement d'ailleurs de la rédaction proposée par M. Batbie; il est revenu élargi, amendé sur plusieurs points essentiels, du Conseil d'État, auquel il avait été renvoyé, sur la demande même de l'éminent jurisconsulte, et la plupart des modifications qu'il y a reçues n'ont rencontré d'opposition sérieuse, ni de la part de la commission, ni de la part du Sénat. Allant plus loin que l'auteur de la proposition, la section de législation du Conseil d'État et la commission sénatoriale ne se sont pas bornées à coordonner les dispositions éparses des textes antérieurs; profitant de l'occasion qui leur était offerte, elles ont voulu les refondre entièrement,

[1] La première délibération a eu lieu dans les séances des 13 et 15 novembre 1886 (*Journal officiel* des 14 et 16 novembre) : il a été passé à la seconde, dans les séances des 3, 4, 7, 8, 11 février 1887 (*Journal officiel* des 4, 5, 8, 9, 12 février).

Digitized by Google

édifier une œuvre législative vraiment nouvelle, se suffisant à elle-même et dégagée de toute solidarité avec le passé.

Pour juger cette œuvre avec impartialité, pour apprécier ses avantages, pour signaler ses imperfections et ses dangers, il convient de rapprocher, dans un tableau comparatif, la proposition de loi *sur la naturalisation*, devenue la proposition de loi *sur la nationalité*, des règles qui sont appliquées, à cette heure, en France, et qu'elle est destinée à remplacer.

DROIT FRANÇAIS ACTUEL	TEXTE DÉFINITIF ADOPTÉ PAR LE SÉNAT
	Article premier.
	Les articles 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 17, 18, 19, 20 et 21 du Code civil sont modifiés ainsi qu'il suit :
C. civ. — Art. 7. L'exercice des droits civils est indépendant de la qualité de citoyen, laquelle ne s'acquiert et ne se conserve que conformément à la loi constitutionnelle.	Art. 7. L'exercice des droits civils est indépendant de l'exercice des droits politiques, lesquels s'acquièrent et se conservent conformément à la constitution et à la loi électorale.
C. civ. — Art. 8. Tout Français jouira des droits civils.	Art. 8. Tout Français jouira des droits civils.
C. civ. — Art. 10 § 1. Tout enfant né d'un Français en pays étranger est français.	Sont français : 1° Tout individu né d'un Français en France ou à l'étranger.
	L'enfant naturel dont la filiation est établie pendant la minorité, par reconnaissance ou par jugement, suit la nationalité de celui des parents à l'égard duquel la preuve a d'abord été faite. Si elle résulte pour le père et la mère du même acte ou du même jugement, l'enfant suivra la nationalité de son père.
	2° Tout individu né en France de parents inconnus ou dont la nationalité est incertaine.
Loi du 7 février 1851. — Art. 1er (modifié par la loi du 16 décembre 1874). Est français tout individu né en France d'un étranger qui lui-même y est né, à moins que, dans l'année qui suivra l'époque de sa majorité, telle qu'elle est fixée par la loi française, il ne réclame la	3° Tout individu né en France d'un étranger qui lui-même y est né, à moins qu'au moment de l'appel sous les drapeaux ou dans l'année qui suit sa majorité, il n'ait décliné la qualité de Français et prouvé qu'il a conservé la nationalité de ses parents, aux conditions et sui-

Digitized by Google

qualité d'étranger par une déclaration faite, soit devant l'autorité municipale du lieu de sa résidence, soit devant les agents diplomatiques et consulaires de la France à l'étranger, et qu'il ne justifie avoir conservé sa nationalité d'origine, par une attestation en due forme de son gouvernement, laquelle demeurera annexée à la déclaration. Cette déclaration pourra être faite par procuration spéciale et authentique.

Loi du 29 *juin* 1867. — Art. 1er. L'étranger qui, après l'âge de vingt et un ans accomplis, a, conformément à l'art. 13 du Code Napoléon, obtenu l'autorisation d'établir son domicile en France, et y a résidé pendant trois années, peut être admis à jouir de tous les droits de citoyen français. — Les trois années courront à partir du jour où la demande d'autorisation aura été enregistrée au ministère de la justice. — Est assimilé à la résidence en France le séjour en pays étranger pour l'exercice d'une fonction conférée par le gouvernement français. — Il est statué sur la demande en naturalisation, après enquête sur la moralité de l'étranger, par un décret de l'empereur, rendu sur le rapport du ministre de la justice, le Conseil d'État entendu.

Art. 2. Le délai de trois ans, fixé par l'article précédent, pourra être réduit à une seule année en faveur des étrangers qui auront rendu à la France des services importants, qui auront introduit en France soit une industrie, soit des inventions utiles, qui y auront apporté des talents distingués, qui y auront fourni de grands établissements ou créé de grandes exploitations agricoles.

C. civ. — Art. 9. Tout individu né en France d'un étranger pourra, dans l'année qui suivra l'époque de sa majorité, réclamer la qualité de

vant les formes déterminées par la loi et les règlements ; et s'il y a lieu, qu'il a satisfait à la loi militaire de son pays, sauf les exceptions prévues par les traités.

4o Les étrangers naturalisés.

Peuvent être naturalisés :

Les étrangers qui ont obtenu l'autorisation de fixer leur domicile en France, conformément à l'art. 13 ci-dessous, après trois ans de domicile autorisé.

Les étrangers qui peuvent justifier d'une résidence non interrompue pendant dix années.

Est assimilé à la résidence en France le séjour en pays étranger pour l'exercice d'une fonction conférée par le gouvernement français.

Les étrangers admis à fixer leur domicile en France, après un an, s'ils ont rendu des services importants à la France, s'ils y ont apporté des talents distingués, ou s'ils y ont introduit soit une industrie, soit des inventions utiles, ou s'ils ont créé soit des industries, soit des exploitations agricoles.

L'étranger qui a épousé une Française, aussi après une année de domicile autorisé.

Il est statué par décret sur la demande de naturalisation, après enquête sur la moralité du postulant.

Art. 9. Tout individu né en France de parents étrangers pourra, jusqu'à l'âge de vingt-deux ans accomplis, réclamer la qualité de Français, en

Digitized by Google

Français, pourvu que, dans le cas où il résiderait en France, il déclare que son intention est d'y fixer son domicile, et que, dans le cas où il résiderait en pays étranger, il fasse sa soumission de fixer en France son domicile, et qu'il l'y établisse dans l'année, à compter de l'acte de soumission.

Loi du 22 mars 1849.—L'individu né en France d'un étranger sera admis, même après l'année qui suivra l'époque de sa majorité, à faire la déclaration prescrite par l'art. 9 du Code civil, s'il se trouve dans l'une des deux conditions suivantes : 1° s'il sert ou s'il a servi dans les armées françaises de terre ou de mer; 2° s'il a satisfait à la loi du recrutement sans exciper de son extranéité.

C. civ. — Art. 10 § 2. Tout enfant né en pays étranger d'un Français qui aurait perdu la qualité de Français pourra toujours recouvrer cette qualité, en remplissant les formalités prescrites par l'art. 9.

C. civ. — Art. 12. L'étrangère qui aura épousé un Français suivra la condition de son mari.

Loi du 7 fév. 1851.—Art. 2. L'art. 9 du Code civil est applicable aux enfants de l'étranger naturalisé, quoique nés en pays étranger, s'ils étaient mineurs lors de la naturalisation. — A l'égard des enfants nés en France ou à l'étranger, qui étaient majeurs à cette même époque, l'art. 9 du Code civil leur est applicable dans l'année qui suivra celle de ladite naturalisation.

Loi du 14 fév. 1882. Article unique. Les enfants mineurs, même ceux nés à l'étranger avant la naturalisation des parents, peuvent, soit s'engager volontairement dans les armées de terre et de mer, soit contracter l'engagement conditionnel d'un an, conformément à la loi du

faisant sa soumission, dans le cas où il résiderait à l'étranger, de fixer son domicile en France, et en l'y fixant réellement dans l'année, à compter de l'acte de soumission.

S'il est mineur, la déclaration sera faite en son nom, par son père, sa mère ou son tuteur, avec l'approbation du conseil de famille.

Tout individu né en France de parents étrangers devient français, si, ayant été porté sur le tableau de recensement, il prend part aux opérations du recrutement sans opposer son extranéité.

Art. 10. Tout enfant né en France ou à l'étranger de parents, dont l'un a perdu la qualité de Français, pourra recouvrer cette qualité à tout âge, aux conditions fixées par l'art. 9.

Art. 12. L'étrangère qui aura épousé un Français suivra la condition de son mari. — La femme mariée à un étranger qui se fait naturaliser Français pourra, sur sa demande, être naturalisée sans condition spéciale par le même décret que son mari. — Les enfants majeurs pourront aussi, sans condition spéciale de stage, être naturalisés s'ils le demandent, par le décret qui confère la qualité de Français au père ou à la mère; pour les enfants mineurs, la demande doit être faite par le père ou le tuteur, avec l'approbation du conseil de famille.

Digitized by Google

27 juillet 1872, titre IV, 3e section, soit entrer dans les Ecoles du gouvernement à l'âge fixé par les lois et règlements, en déclarant qu'ils renoncent à la qualité d'étranger et adoptent la nationalité française. Cette déclaration ne peut être faite qu'avec le consentement exprès et spécial du père, à défaut du père, de la mère, et à défaut du père et de la mère, avec l'autorisation de la famille, conformément au statut personnel. Elle ne doit être reçue qu'après les examens d'admission et s'ils sont favorables. La même faculté est accordée, et aux mêmes conditions, aux enfants mineurs d'un Français qui aurait perdu la qualité de Français, par application de l'une des trois causes exprimées dans l'art. 17 du Code civil, si le père recouvre sa nationalité d'origine, conformément à l'art. 18. Les enfants majeurs pourront réclamer la qualité de Français, par une déclaration faite dans l'année qui suivra le jour où le père a recouvré sa nationalité.

C. civ. — Art. 13. L'étranger qui aura été admis par l'autorisation du roi à établir son domicile en France, y jouira de tous les droits civils, tant qu'il continuera d'y résider.

Art. 13. L'étranger qui aura été autorisé par décret à fixer son domicile en France y jouira de tous les droits civils.

L'effet de l'autorisation cessera à l'expiration de trois années, si l'étranger ne demande pas la naturalisation ou si la demande est rejetée.

En cas de décès avant la naturalisation, l'autorisation et le temps de stage qui a suivi profiteront à la femme, et aux enfants qui étaient mineurs au moment du décret d'autorisation.

C. civ. — Art. 17. La qualité de Français se perdra :

1° par la naturalisation acquise en pays étranger.

2° par l'acceptation non autorisée par le roi de fonctions publiques

Art. 17. Perdent la qualité de Français :

1° Le Français naturalisé à l'étranger ou celui qui acquiert, sur sa demande, la nationalité étrangère par l'effet de la loi.

Digitized by Google

conférées par un gouvernement étranger.

3° enfin par tout établissement fait en pays étranger, sans esprit de retour. — Les établissements de commerce ne pourront jamais être considérés comme ayant été faits sans esprit de retour.

C. civ. — Art. 21 § 1. Le Français qui, sans autorisation du roi, prendrait du service militaire chez l'étranger ou s'affilierait à une corporation militaire étrangère, perdra sa qualité de Français.

D. 27 *avril* 1848. — Art. 8 (modifié par L. 28 mai 1858), qui attache la perte de la qualité de Français au commerce et à la possession d'esclaves.

S'il est encore soumis aux obligations du service militaire pour l'armée active, la naturalisation à l'étranger ne fera perdre la qualité de Français que si elle a été autorisée par le gouvernement français.

2° Le Français qui a décliné la nationalité française dans le cas prévu par le § 3 de l'art. 8.

3° Le Français qui, ayant accepté des fonctions publiques conférées par un gouvernement étranger, les conserve nonobstant l'injonction du gouvernement français de les résigner dans un délai déterminé.

4° Le Français qui, sans autorisation du gouvernement, prend du service militaire à l'étranger, sans préjudice de l'application des lois pénales contre le Français qui se soustrait aux obligations de la loi militaire.

C. civ. — Art. 18. Le Français qui aura perdu sa qualité de Français pourra toujours la recouvrer en rentrant en France avec l'autorisatfon du roi et en déclarant qu'il veut s'y fixer, et qu'il renonce à toute distinction contraire à la loi française.

Adde L. 14 février 1882, article unique *in fine*, ci-dessus rapporté.

Art. 18. Le Français qui a perdu la qualité de Français peut la recouvrer, pourvu qu'il réside en France, en obtenant sa réintégration par décret. — La qualité de Français pourra être accordée par le même décret, sans condition spéciale de stage, à la femme, sur sa demande, et aux enfants mineurs, si le tuteur en fait la demande, avec l'approbation du conseil de famille.

C. civ. — Art. 19. Une femme française qui épousera un étranger suivra la condition de son mari. — Si elle devient veuve, elle recouvrera la qualité de Française, pourvu qu'elle réside en France, ou qu'elle y rentre avec l'autorisation du roi, et en déclarant qu'elle veut s'y fixer.

L. 28 *juin* 1883. — Article unique. Pourront à l'âge fixé par les lois et règlements s'engager dans l'armée de terre et de mer, contracter l'engagement volontaire d'un an, se présenter aux Ecoles du gouvernement les enfants mineurs nés en

Art. 19. La femme française qui a épousé un étranger suit la condition de son mari.

Si le mariage est dissous, elle recouvre la qualité de Française, avec l'autorisation du gouvernement, pourvu qu'elle réside en France ou qu'elle y rentre, et en déclarant qu'elle veut s'y fixer. — Dans le cas où le mariage est dissous par la mort, la qualité de Français peut être accordée par le décret de réintégration aux enfants mineurs, si le tuteur en fait la demande avec l'approbation du conseil de famille.

Digitized by Google

France d'une femme mariée avec un étranger, lorsqu'elle recouvre la qualité de Française, conformément à l'art. 19 C. civ. — Auront les mêmes droits les mineurs orphelins de père et de mère nés en France d'une femme mariée avec un étranger. — Lesdits mineurs pourront, dans les cas prévus par les deux paragraphes précédents, s'engager, concourir pour les Écoles, et opter pour la nationalité française, aux conditions et suivant les formes déterminées par la loi du 14 février 1882.

C. civ. — Art. 20. Les individus qui recouvreront la qualité de Français, dans les cas prévus par les art. 10, 18 et 19, ne pourront s'en prévaloir qu'après avoir rempli les conditions qui leur sont imposées par ces articles, et seulement pour l'exercice des droits ouverts à leur profit depuis cette époque.

C. civ. — Art. 21 § 2. Le Français qui a perdu sa qualité pour avoir pris, sans autorisation, du service militaire à l'étranger ne pourra rentrer en France qu'avec la permission du roi et recouvrer la qualité de Français qu'en remplissant les conditions imposées à l'étranger pour devenir citoyen, le tout sans préjudice des peines prononcées par la loi criminelle contre les Français qui ont porté ou porteront les armes contre leur patrie.

Art. 20. Les individus qui acquerront la qualité de Français dans les cas prévus par les art. 9, 10, 18 et 19 ne pourront s'en prévaloir que pour les droits ouverts à leur profit depuis cette époque.

Art. 21. Le Français qui, sans autorisation du gouvernement, prendrait du service militaire à l'étranger ne pourra rentrer en France qu'avec la permission par décret, et recouvrer la qualité de Français qu'en remplissant les conditions imposées à l'étranger pour obtenir la naturalisation ordinaire.

Article 2.

La présente loi est applicable à l'Algérie et aux colonies de la Guadeloupe, de la Martinique et de la Réunion.

Continueront toutefois de recevoir leur application le sénatus-consulte du 14 juillet 1855 et les autres dispositions spéciales à la naturalisation en Algérie.

Article 3.

L'étranger naturalisé jouit de tous les droits civils et politiques attachés à la qualité de citoyen français. Néanmoins, il n'est éligible aux assemblées législatives que dix ans

Digitized by Google

Loi du 15 *déc.* 1790. — Art. 22. Toutes personnes qui, nées en pays étranger, descendent, à quelque degré que ce soit, d'un Français ou d'une Française expatriés pour cause de religion, sont déclarées naturels français et jouiront des droits attachés à cette qualité, si elles reviennent en France, y fixent leur domicile et prêtent le serment civique. Les fils de famille ne pourront user de ce droit, sans le consentement de leur père, mère, aïeul ou aïeule, qu'autant qu'ils seront majeurs et maîtres de leurs droits.

après le décret de naturalisation, à moins qu'une loi spéciale n'abrège ce délai. Le délai pourra être réduit à une année.

Les Français qui recouvrent cette qualité après l'avoir perdue acquièrent immédiatement tous les droits civils et politiques, même l'éligibilité aux assemblées législatives.

Article 4.

Les descendants des familles proscrites lors de la révocation de l'édit de Nantes continueront à bénéficier des dispositions de la loi du 15 décembre 1790, mais à la condition d'un décret spécial pour chaque demandeur. Le décret ne produira d'effet que pour l'avenir.

Article 5.

Pour l'exécution de la présente loi, un règlement d'administration publique déterminera : 1° les colonies, autres que celles dont il est parlé à l'art. 2 ci-dessus, auxquelles ces dispositions seront applicables, ainsi que les formes à suivre pour la naturalisation dans les colonies; 2° les formalités à suivre et les justifications à faire relativement à la naturalisation ordinaire (et à la naturalisation de faveur), dans les cas prévus par les art. 9 et 10 du Code civil, ainsi qu'à la renonciation à la qualité de Français par l'individu né en France de parents étrangers qui eux-mêmes y sont nés.

Article 6.

Les naturalisations, admissions à domicile et réintégrations dans la qualité de Français ont lieu sans frais.

Article 7.

Sont abrogés la loi du 15 décembre 1790; les décrets des 6 avril 1809 et 26 août 1811; le décret du 27 avril 1848; les lois des 22 mars 1849, 7-11 février 1851, 28 mars 1858, 26 juin 1867, 16 décembre 1874; 14 février 1882, 28 juin 1883.

Digitized by Google

L'examen critique, auquel nous nous proposons de soumettre le texte adopté par le Sénat, portera successivement sur celles de ses dispositions qui concernent la nationalité d'origine, sur celles qui sont relatives à la naturalisation de l'étranger en France, à la perte de la qualité de Français, enfin à la réintégration du ci-devant Français dans son ancienne patrie.

I. — *Nationalité d'origine.*

Nul ne peut vivre sans patrie, sans droits civiques et sans obligations nationales. « Il manquerait quelque chose à notre existence morale, a dit le savant jurisconsulte genevois M. Charles Brocher, si nous devions rester sans liens personnels avec ces grandes personnalités qui s'appellent États et dont la vie supérieure doit élever et agrandir la nôtre [1]. »

Le premier devoir du législateur envers l'enfant nouveau-né est de lui assigner, en prenant conseil de son intérêt présumé, de la volonté qui serait vraisemblablement la sienne, s'il était en état de la faire connaître, une nationalité qui le saisira, à l'heure même de sa naissance, et à laquelle il demeurera fidèle jusqu'au jour où, devenu capable d'avoir et d'exprimer ses préférences, il se donnera à la patrie de son choix.

C'est donc à l'interprétation de la volonté de l'enfant que se réduit, au moins dans la doctrine moderne qui fait dériver le droit de cité d'un contrat intervenu entre l'État et chacun de ses membres, la détermination de sa nationalité d'origine. Mais cette volonté, qui ne peut encore se faire jour, de quels indices, de quelles circonstances sera-t-on en droit de l'induire ? Première difficulté, sur laquelle les auteurs et la législation sont loin de s'être mis d'accord.

Les uns, dominés à leur insu peut-être par les souvenirs de la féodalité, qui faisait de l'homme l'esclave et l'accessoire inséparable de sa terre natale, attribuent à chacun la nationalité de l'État sur le territoire duquel il a reçu l'existence. C'est la vieille doctrine du *jus soli*, qui, après avoir régné, presque sans

[1] Ch. Brocher, *Nouvelle théorie du droit international privé*, 1876, p. 166.

Digitized by Google

partage, dans l'ancienne France, et jusqu'en 1870, dans le droit britannique, exerce encore aujourd'hui son influence exclusive sur les Codes de l'Amérique latine et de l'État libre d'Orange.

D'autres, préférant la tradition gréco-romaine, s'en tiennent au *jus sanguinis* et admettent que l'enfant reçoit toujours, avec la vie, la nationalité de ses auteurs, quel que soit d'ailleurs le lieu de sa naissance. Ainsi le décident les lois de l'Allemagne, de l'Autriche-Hongrie, de la Suède et de la Suisse.

Enfin, un assez grand nombre de législations ont fait place en même temps aux deux principes rivaux, et, prenant tantôt le *jus sanguinis*, tantôt le *jus soli*, comme point de départ, tempèrent par l'un les rigueurs excessives de l'autre. Ce système intermédiaire se retrouve dans les Codes de la Belgique, de la Bulgarie, de l'Espagne, de la Grèce, de l'Italie, du Luxembourg, de la principauté de Monaco, de la Russie et de l'empire Ottoman, enfin dans la loi française.

Résumons en quelques mots les règles que cette dernière applique à la nationalité d'origine :

(*a*) « Tout enfant né d'un Français *en pays étranger* est français. » (C. civ, art. 10 § 1), par la vertu du *jus sanguinis*.

(*b*) D'autre part, tout enfant né en France d'un étranger qui lui-même est né hors de nos frontières peut, bien qu'étranger *jure sanguinis*, réclamer, dans l'année qui suit sa majorité, le titre et les droits du Français d'origine, en accomplissant certaines formalités prescrites par l'article 9 du Code civil. Et les lois du 22 mars 1849 et du 28 juin 1883 ont encore élargi cette faveur au profit des étrangers qui ont servi dans nos armées, ou de ceux qui sont nés d'une mère, dépouillée de sa qualité de Française à la suite d'un mariage avec un ressortissant étranger.

(*c*) Enfin, la loi du 7 février 1851, modifiée par celle du 16 décembre 1874, déclare français *ipso jure*, sous la condition résolutoire d'une option contraire formulée en temps utile, l'enfant né sur le territoire français d'un étranger qui lui-même y est né. Dans cette disposition, comme dans la précédente, il est impossible de ne pas reconnaître un dernier vestige du *jus soli*.

Digitized by Google

A. L'article 10 § 1 du Code civil qui attribue, par droit de naissance, la nationalité française à l'enfant issu d'un Français en pays étranger, appelle quelques observations.

Remarquons en premier lieu que ce texte ne fait aucune mention de l'enfant né *en France* d'un de nos nationaux; d'où l'on pourrait conclure par *a contrario* que le législateur de 1804 a entendu lui refuser le bénéfice du *jus sanguinis*. Mais l'inexactitude de cette conclusion s'impose. Si l'enfant qui naît d'un Français sur une terre étrangère est lui-même investi, dès sa première heure, de la nationalité française, à plus forte raison doit-il en être ainsi de celui que des parents français ont mis au monde sur le sol français : le *jus sanguinis* et le *jus soli* s'accordent à le sacrer français, et dès lors il a pu sembler inutile de formuler l'évidence. La lacune que nous venons de signaler dans l'article 10 du Code civil s'explique d'ailleurs à merveille par les travaux préparatoires. Le projet soumis à l'examen des Chambres législatives reproduisait, dans son article 2, la vieille doctrine du *jus soli*, et conférait ainsi la qualité de Français à tout individu né sur notre territoire, même de parents étrangers. Toutefois, s'affranchissant d'un devoir élémentaire de réciprocité internationale, il n'en revendiquait pas moins comme nos nationaux les enfants nés au dehors de parents français : tel était déjà, au témoignage de Pothier, le système égoïste adopté par la jurisprudence, dans les derniers temps de l'ancien régime [1].

Ainsi, dans la pensée des auteurs du Code, la disposition écrite dans l'art. 2 du projet et celle que nous retrouvons dans l'art. 10 § 1 de la rédaction définitive ne devaient pas être séparées l'une de l'autre; elles étaient destinées à se compléter, à se limiter. Et l'intervention du Tribunat ayant fait prévaloir, par la disparition de la première, l'influence du *jus sanguinis*, la seconde aurait dû, semble-t-il, subir une modification correspondante, s'effacer devant une formule plus large, comprenant dans la même concession l'enfant *né en France* et celui *né à l'étranger* de parents français. L'art. 10 § 1, dans sa teneur actuelle, est le fruit d'une inadvertance législative.

Il est donc établi que, dans le système du Code civil, l'enfant

[1] Pothier, *Traité des personnes*, part. I, titre 2, sect. 1re, n° 45.

Digitized by Google

n'a pas d'autre patrie d'origine que celle de ses auteurs, que la filiation est attributive de nationalité. Mais l'application de ce principe, en apparence si simple, engendre des difficultés nombreuses, demeurées en dehors des prévisions de la loi. Si l'on admet, ainsi que le veulent la tradition et le bon sens, que l'enfant légitime suit la condition de son père, est-ce au moment de sa conception, ou au jour de sa naissance qu'il convient de se placer pour la déterminer? La question n'est pas sans intérêt, si l'on considère que dans l'intervalle le père a pu changer de patrie. — L'enfant est né hors mariage; dans ce cas est-ce la nationalité de sa mère qui lui sera dévolue, conformément à l'adage *Partus ventrem sequitur*, ou au contraire se rattachera-t-il à l'Etat dont relève son père? Faudra-t-il regarder à l'époque de la reconnaissance, à celle de l'accouchement, à celle de la conception? — Enfin quelle est la patrie de l'enfant né en France de père et mère légalement inconnus ou dépourvus de nationalité certaine? Autant de points sur lesquels le législateur a évité de se prononcer, laissant à la jurisprudence et à la diplomatie la tâche ardue de suppléer à son silence.

La proposition due à l'initiative de M. Batbie s'était bornée à combler une des lacunes de la législation actuelle, en attribuant à l'enfant né en France de parents inconnus la nationalité française; elle résolvait ainsi, d'accord avec le Code civil italien de 1865 (art. 7) et avec la loi belge du 15 août 1881, les doutes qui s'étaient élevés sur la condition de cet enfant [1].

Le Conseil d'Etat et la commission sénatoriale ont accepté la

[1] En ce sens : Demolombe, t. I, p. 167 ; Beudant, *Revue critique*, 1856, p. 57 ; Aubry et Rau, t. I, p. 232, note 6; Cogordan, *La nationalité au point de vue des rapports internationaux*, p. 102; De Folleville, *Traité théorique et pratique de la naturalisation*, p. 113 ; Liège, 12 février 1881 (Sirey, 1881, 4, 21). La Cour de cassation de Belgique, au contraire, par ses arrêts du 17 mai et du 24 juin 1880 (Sirey, 1881, 4, 17, notes de M. Laurent), et, avec elle, plusieurs auteurs n'accordaient à l'enfant né sur le territoire national de parents inconnus que le bénéfice de lart. 9 ; il était donc présumé étranger *jure sanguinis* et ne perdait cette qualité qu'à la suite d'une option effectuée dans l'année de sa majorité. Richelot, t. I, p. 112 ; Laurent, *Droit civil international*, t. III, p. 189 ; Ch. Brocher, *Cours de droit international pvivé*, t. I, p. 213.

Digitized by Google

solution proposée et le Sénat l'a par deux fois ratifiée. Rien d'ailleurs n'est plus juste. L'immense majorité des habitants du sol français étant eux-mêmes de nationalité française, il est presque certain que c'est à un Français que l'enfant est redevable de l'existence, et qu'il serait Français *jure sanguinis*, si ses auteurs n'avaient reculé devant l'aveu de leur faute. Cette présomption, seule une reconnaissance formelle, émanée de parents étrangers, pourra la faire tomber.

Les règles auxquelles le Code civil soumet la détermination de la nationalité d'origine ont reçu dans le texte voté par le Sénat deux autres additions que M. Batbie n'avait pas réclamées. D'une part, l'art. 8, 1°, de ce texte, faisant disparaître le vice de rédaction que nous avons signalé dans l'art. 10 § 1, C. civ., applique en toutes lettres le bénéfice du *jus sanguinis* aussi bien à l'enfant *né en France* de parents français qu'à celui qui est né sur un territoire étranger. D'autre part la même disposition *in fine* s'occupe de l'enfant naturel, dont le Code civil ne dit rien, et lui attribue la nationalité de celui de ses père et mère *qui l'a reconnu le premier pendant sa minorité*. Ainsi prendra fin la controverse qui a si longtemps divisé et qui divise encore les auteurs sur le point de savoir si l'enfant né hors mariage suit la condition de son père ou celle de la femme qui l'a mis au monde. La jurisprudence l'avait résolue en faveur du père [1]; et nous devons reconnaître que sa solution est entièrement conforme aux principes généraux du droit; néanmoins elle présente un inconvénient grave : celui de laisser en suspens, souvent pendant une durée assez longue, la nationalité d'origine de l'enfant naturel. Ne peut-il arriver en effet que cet enfant, d'abord reconnu par sa mère seule et appartenant en conséquence à la patrie dont cette dernière relève, en soit, bien après sa naissance, arraché, dans le passé comme dans l'avenir [2], par l'effet d'une nouvelle reconnaissance, émanée cette fois de son père? Le danger est réel, et pour l'enfant naturel lui-même, et pour tous ceux qui

[1] V. not. Cass. req. 22 décembre 1874 (D. P. 1875, 1, 316).

[2] Cf. Trib. civ. d'Albertville, 15 mars 1879 (*France judiciaire*, 1879, p. 393); Trib. civ. d'Evreux, 17 août 1881 (*Journal du droit international privé*, 1882, p. 194).

Digitized by Google

entretiennent avec lui des relations commerciales ou juridiques ; aussi le Sénat a-t-il été heureusement inspiré, en substituant à ce point de vue la priorité du rang à la prépondérance paternelle. Désormais l'enfant partagera la nationalité de celui de ses parents dont la reconnaissance, volontaire ou forcée, est la première dans l'ordre chronologique ; ce n'est que dans le cas où sa filiation aurait été établie le même jour par rapport à tous deux que le père aura la préférence ; mais de toute manière son état, fixé par la reconnaissance dont il a été l'objet, ne subira, jusqu'à sa majorité, aucun changement, aucune altération. Le texte nouveau, remarquons-le d'ailleurs, ne tient aucun compte de la reconnaissance intervenue au profit de l'enfant majeur : on a considéré avec raison que l'aveu de paternité ou de maternité étant purement déclaratif et devant rétroagir, le crédit de l'enfant naturel et la sécurité des tiers qui ont traité avec lui se trouveraient singulièrement menacés, si un acte, postérieur peut-être de cinquante ans à sa naissance, avait le pouvoir de le dénationaliser même dans le passé et de modifier le statut personnel à l'abri et sous la foi duquel il a jusqu'à ce jour accompli les actes de la vie civile. Doit-il trouver quelque avantage à la nationalité de celui dont les sentiments paternels se sont si tardivement révélés à lui : rien ne l'empêche, dès qu'il est majeur et capable, de demander une naturalisation dont les effets, strictement limités à l'avenir, ne pourront, dans tous les cas, compromettre les droits et les intérêts d'autrui.

Tout en rendant un sincère hommage aux améliorations que réalisera la loi proposée, soit en éclaircissant sur quelques points douteux, soit en complétant la disposition si laconique par laquelle le Code civil a consacré le principe du *jus sanguinis*, il nous est permis de regretter qu'elle n'ait pas cru devoir prendre parti, et que le Sénat n'ait pas été appelé à se prononcer législativement sur la question de savoir à quel moment doit être envisagée la nationalité de celui dont l'enfant emprunte la condition. Dans notre opinion, et en dépit des dissidences graves qui se sont manifestées dans la doctrine, il ne faut regarder ni à l'époque de la conception [1], ni à celle où l'enfant naturel est reconnu par

[1] V. cep. Demolombe, t. I, p, 165; Laurent, *Droit civil international*,

Digitized by Google

son auteur [1]. Qu'il soit issu d'un légitime mariage ou né d'un commerce irrégulier, l'enfant suivra la nationalité qui appartenait, à l'heure de sa naissance, soit à son père, soit à sa mère, si sa filiation n'est légalement certaine qu'au regard de cette dernière. L'instant où la conception s'est opérée est le plus souvent entouré de mystères et impossible à fixer avec précision ; la présomption posée par l'art. 312, C. civ., qui répute légitime tout enfant né plus de cent quatre-vingts jours après la célébration du mariage, et moins de trois cents jours après sa dissolution, ne saurait, à moins d'un texte formel, être étendue à notre matière ; et, dans tous les cas, en enfermant la conception dans une période légale de cent vingt jours, elle serait impuissante à conjurer toute difficulté ; le père de l'enfant n'a-t-il pu changer plusieurs fois de patrie au cours d'une période aussi longue ? D'un autre côté, le caractère déclaratif de la reconnaissance dont bénéficie l'enfant naturel ne permet pas d'attribuer à l'époque où elle intervient une influence quelconque sur la détermination de la nationalité d'origine. La reconnaissance n'a d'autre effet que d'établir légalement la filiation de l'enfant, et cette filiation, seule attributive de nationalité, lui est antérieure.

En s'attachant toujours à la nationalité qui appartenait, au jour de la naissance de l'enfant, à celui de ses auteurs dont il doit suivre la condition, on procède au contraire d'un point de départ absolument certain, puisque l'instant précis de l'accouchement est connu, et par les témoins qui y sont assisté, et par l'acte de l'état civil qui le relate [2]. Nous exprimons le vœu que cette solution soit expressément formulée dans le texte définitif qui sortira de la Chambre des députés.

B. L'art. 9 du Code civil, fruit d'une transaction entre les

t. III, p. 192 et s. ; Aubry et Rau, t. I § 69, notes 2 et 3 ; Cass. Belgique, 5 mars 1877 (*Pasicrisie*, 1877, 1, 139).

[1] *Contra*, Cass. 20 janvier 1877 (*Journal du droit international privé*, 1879, p. 177).

[2] V. en ce sens, Cogordan, *La nationalité au point de vue des rapports internationaux*, p. 26 ; et notre *Traité élémentaire de droit international privé*, p. 24 et suiv. Aj. Cass. Belgique, 17 février 1873 (*Pasicrisie*, 1873, 1, 119).

Digitized by Google

partisans du *jus sanguinis* et les défenseurs du *jus soli*, permet à l'enfant né sur notre territoire de parents étrangers de *réclamer*, dans l'année qui suit sa majorité, ou même plus tard, s'il a servi dans les armées françaises (L. 22 mars 1849), la qualité de Français, à la condition de déclarer sa volonté de fixer son domicile en France, et de l'y établir effectivement dans le délai d'un an à compter de la déclaration. On a pensé que le fils d'étranger a trouvé, dans sa naissance sur la terre française, quelque raison de l'aimer, et que cet attachement instinctif pour le sol natal suppléera peut-être en lui les sentiments que la communauté d'origine met au cœur de tous les Français.

Le rédaction actuelle de cet article soulèvera des difficultés d'interprétations très nombreuses. Il oublie de nous dire si la majorité exigée de celui qui en réclame le bénéfice est la majorité française, celle que l'art. 488, C. civ. fixe à vingt-et-un ans [1], si ce n'est pas plutôt celle adoptée par les lois du pays auquel il se rattache par sa filiation étrangère [2], ou bien encore s'il ne doit pas justifier de l'une et de l'autre [3]. L'article 9 ne précise pas davantage le lieu où la déclaration sera faite, et l'autorité qui aura qualité pour la recevoir; sur ce dernier point, il est vrai, la pratique reconnait la compétence des municipalités : « mais, ainsi que l'a fait très justement remarquer M. Batbie, il est peu de communes où existe un registre spécial pour consigner les déclarations, et le plus souvent elles sont portées sur une feuille volante dont la conservation est mal assurée. Comme elles ne sont centralisées nulle part, il est difficile de les trouver, et souvent il arrive que l'intéressé connaît seul sa déclaration, de sorte qu'il l'invoque ou la passe sous silence suivant son inté-

[1] Aubry et Rau, t. I, p. 237, note 5; Cass. Belgique, 6 février 1878 (D. P. 1880, 2, 89). V. aussi, dans *Le Droit* du 25 novembre 1883, les conclusions de M. le substitut Roulier devant le tribunal civil de la Seine (Audiences des 5 et 6 novembre).

[2] Fœlix, *Revue de droit français et étranger*, II, p. 339, note 2; Demolombe, t. I, p. 188; Laurent, *op. cit.* t. III, p. 197; Trib. civ. Seine 1er décembre 1883 (*Le Droit* du 2 décembre).

[3] Cogordan, *op. cit.*, p. 79.

Digitized by Google

rêt [1]. » Enfin, sur la question très importante de savoir si l'option formulée par le fils d'étranger ne produit ses effets que dans l'avenir, ou rétroagit à sa naissance, la loi évite de se prononcer, mais c'est à bon droit, suivant nous, que la Cour de cassation, interprètant son silence, applique ici le droit commun des conditions, qui est la rétroactivité [2], (C. civ. art. 1179).

Les objections théoriques provoquées par l'art. 9, tel qu'il se présente à nous, ne sont pas moins sérieuses.

L'individu qui satisfait aux conditions énoncées dans cet article a le *droit* de devenir français, et ce droit, il n'appartient pas aux autorités françaises de lui en dénier l'exercice : « Alors même que, pendant son séjour en France, il se serait montré aussi indigne que possible de la qualité de Français, alors même qu'il aurait commis des délits entachant l'honneur, alors même qu'il se serait montré hostile à la France, on ne pourrait pas lui refuser la qualité de Français, s'il la réclamait. On a même cité le cas d'un étranger mineur, né en France, qui avait été l'objet d'une mesure d'expulsion et qui, arrivé à sa majorité, avait réclamé la qualité de Français et était rentré en France, en vertu de la loi, après avoir été expulsé par une mesure de sûreté publique [3]. » Ainsi la législation en vigueur oblige notre patrie à admettre dans son sein des étrangers indignes, souvent même ennemis, dont les efforts constants tendront à ternir sa bonne renommée et à diminuer son prestige. La France est désarmée contre leur invasion ; sur un signe d'eux, elle doit leur ouvrir ses armées, ses fonctions publiques, ses assemblées législatives.

[1] M. Batbie, *Rapport supplémentaire*, p. 3.

[2] Cass. 19 juillet 1848 (Sirey, 1848, 1, 529) ; et 29 décembre 1885 (Sirey, 1886, 1, 109). V. aussi les observations de M. Chausse sur ce dernier arrêt, dans la *Revue critique*, 1886, p. 673. En ce sens, Aubry et Rau, t. I, p. 238 ; Valette, *Cours de Code civil*, t. I, p. 48. — *Contra*, Fœlix et Demangeat, *Traité de droit international privé*, (4e éd.), t. I, p. 41 ; Cogordan, *op. cit.*, p. 81 ; de Folleville, *op. cit.*, p. 117 et s. ; Laurent, *Droit civil international*, t. III, p. 193 ; Alger, 2 décembre 1886 (Sirey, 1887, 2, 5). La jurisprudence belge s'est également prononcée contre la rétroactivité de l'option effectuée en vertu de l'art. 9 du Code civil.

[3] M. Batbie, au Sénat (*Journal officiel* du 14 novembre 1886). Cf. trib. corr. de la Seine, 27 décembre 1883 ; Paris, 6 février 1884 (*Le Droit* du 20 février 1884).

Digitized by Google

D'autre part, si l'on se place au point de vue exclusif de l'étranger admis à se prévaloir de l'art. 9, qui ne voit que le bénéfice qu'il retire de l'application de ce texte est parfois illusoire? On lui permet de réclamer la qualité de Français, dans l'année de sa majorité, c'est-à-dire à vingt-cinq ans peut-être, si c'est à la loi étrangère, constitutive de son statut personnel, qu'il faut regarder; la loi du 27 juillet 1872 *sur le recrutement* l'astreint au service militaire (art. 9); mais en revanche, l'un des principaux avantages qui découlent de la nationalité française, le droit de contracter l'engagement conditionnel d'un an et de prendre part aux concours d'admission placés au seuil de nos grandes écoles, lui est le plus souvent refusé par l'impitoyable limite d'âge [1].

En vain a-t-on voulu obvier à cette inconséquence, doublée d'une iniquité, par certaines dispositions d'expédient. La loi du 16 décembre 1874, à laquelle nous allons revenir, autorise le mineur, né en France d'un père étranger qui lui-même y est né, à s'engager dans les armées françaises de terre et de mer, à faire son volontariat d'un an, à entrer dans les écoles du gouvernement, à l'âge fixé par les lois et règlements, avec le consentement de ses représentants légaux. Et cette faveur, qui n'a rien d'exceptionnel, puisqu'elle s'adresse à des individus que la loi du 7 février 1851 déclare français de naissance, sous la condition résolutoire d'une option contraire, a été étendue par la loi du 28 juin 1883 : 1° à l'enfant mineur né en France d'une femme française devenue étrangère par le fait de son mariage, lorsqu'elle recouvre sa nationalité première conformément à l'art. 19 du Code civil; 2° au mineur orphelin de père et mère, né sur le territoire français d'une Française, mariée à un étranger; c'est-à-dire à des personnes auxquelles jusqu'alors l'article 9 avait été seul applicable. Il y a dans cette faculté d'option, reconnue à des mineurs étrangers, une infraction aux règles générales qui gouvernent la matière, que son utilité pratique ne suffit pas à légitimer : et l'honorable commissaire du gouvernement, M. Camille Sée, s'est élevé avec énergie, devant le Sénat, contre un procédé qui ne tend pas moins qu'à inscrire dans la loi, *ad pompam*

[1] V. not. Cass. 31 décembre 1860 (D. P. 1861, 1. 209).

Digitized by Google

et ostentationem, des principes honoraires, tels que celui qui défend à un incapable de changer de patrie, sauf à les laisser de côté au gré des circonstances et à les remplacer, dans la pratique, par une série de dispositions dérogatoires [1].

Ce qui, dans l'art. 9 actuel, avait surtout frappé le Conseil d'Etat, et le Sénat, lors de sa première délibération, c'est l'impossibilité où se trouve aujourd'hui la France de fermer ses portes à l'étranger que le hasard des pérégrinations maternelles a fait naître sur son sol, le danger que fera courir à notre pays l'accession de citoyens nouveaux, qui n'auront de français que le nom. Aussi le texte d'abord adopté par la haute assemblée avait-il substitué au *droit* à la nationalité française, reconnu par cet article à l'enfant né en France de parents étrangers, une naturalisation de *faveur*, dont il aurait appartenu au gouvernement français de lui accorder ou de lui refuser le bénéfice, mais dont les conditions auraient été moins rigoureuses, et les effets plus étendus que ceux de la naturalisation ordinaire.

L'opinion publique s'émut, bien à tort suivant nous, de ce vote, et la presse dirigea contre lui ses critiques les plus vives. « On a ressenti, lisons-nous à ce propos dans le journal *Le Temps* du 28 novembre 1886, une peur étrange de voir quelques malfaiteurs obtenir le noble titre de citoyens français, et l'on a laissé tout à fait de côté deux faits d'un intérêt politique et social de premier ordre, qui dominent toute la question et auraient dû inspirer avant tous les autres l'élaboration d'un nouveau projet de loi en cette matière. Le premier, c'est l'état stationnaire et même la décroissance de la population française, ce qui nous met, au point de vue militaire et industriel, dans une infériorité chaque année plus sensible à l'égard des nations qui nous avoisinent; le second, c'est la présence sur notre sol d'un nombre croissant d'étrangers, gens sans patrie et sans lien organique avec le milieu où ils vivent, élément de désordre en temps de crise politique ou sociale, danger terrible en temps de guerre. Dès qu'on touchait aux conditions de la naturalisation, il n'y avait qu'une question à résoudre : comment nous assimiler promptement et sûrement cet afflux étranger de population qui

[1] Séance du 13 novembre 1886 (*Journal officiel* du 14 novembre).

Digitized by Google

est aujourd'hui pour nous un péril et pourrait devenir un accroissement de richesse et de force ? »

Le Sénat, sensible à l'accusation d'avoir fait une œuvre rétrograde et peu libérale, n'a pas cru devoir maintenir sa décision première, et, au cours de la seconde délibération, il a, sur un amendement de MM. Bérenger et de Marcère, reconnu à l'individu né sur notre territoire de parents étrangers le *droit* à la nationalité française, s'en remettant à un règlement d'administration publique du soin de rendre impossibles à l'avenir les difficultés pratiques auxquelles s'est trop souvent butté jusqu'ici l'exercice de ce droit. Toutefois aucune déclaration formelle ne sera exigée de l'étranger qui, porté sur le tableau de recensement, aurait pris part aux opérations du recrutement sans exciper de son extranéité; son silence équivaut à une option tacite pour la France. A ce point de vue donc le texte adopté par le Sénat se montre plus large que ne l'avait été la loi du 22 mars 1849; cette dernière en effet ne dispense pas l'individu qui, après être né sur le sol français, a servi dans nos armées, d'une affirmation expresse de sa volonté; elle se borne à proroger pour lui de délai de rigueur écrit dans l'art. 9, en lui permettant de réclamer, *à toute époque,* la qualité de Français.

L'art. 9, dans sa forme présente, ferme souvent, nous l'avons dit, à ceux qui sont en droit de l'invoquer les écoles spéciales du gouvernement et les diverses carrières publiques soumises à la loi du concours et de la limite d'âge, puisque cette limite d'âge va rarement au-delà de la majorité, à partir de laquelle commence seulement pour l'étranger né en France la faculté de devenir français *jure soli;* il rompt ainsi, dès le premier jour, l'égalité qui doit exister, au point de vue de l'aptitude aux emplois, entre le Français de naissance et le Français par le bienfait de la loi.

S'inspirant de la pensée à laquelle nous devons les lois du 16 décembre 1874 et du 28 juin 1883, et généralisant leurs décisions, le Sénat a renoncé à faire de la majorité de l'ayant-droit la condition indispensable de l'application de l'art. 9. Même mineur, l'enfant né de parents étrangers sur la terre de France

Digitized by Google

pourra obtenir le bénéfice de cet article; mais dans ce cas « la déclaration sera faite, en son nom, par son père, sa mère ou son tuteur, avec l'approbation du conseil de famille. » Contrairement à l'avis du Conseil d'État, le Sénat n'a pas voulu réserver le droit d'option aux seuls mineurs ayant dépassé l'âge de dix-huit ans; il a considéré qu'une semblable restriction aurait pour effet de priver dès aujourd'hui ceux qui n'ont pas atteint cet âge du droit de concourir pour l'Ecole navale, et de nécessiter en outre d'incessantes modifications législatives, dans les cas où de nouveaux règlements scolaires ou administratifs viendraient abaisser au-dessous de dix-huit ans la limite inférieure d'admission aux différents examens. L'intervention de la famille du mineur présente pour ses intérêts la garantie la plus complète et la plus sûre : « La naturalisation, après tout, n'est pas un acte irréparable; et, en supposant que la famille se fût trompée, l'enfant devenu majeur, s'il avait trop de regrets du choix qui a été fait pour lui, pourrait revenir à sa patrie d'origine. Ces changements multiples ne seraient sans doute pas sans inconvénients; mais peut-on les comparer avec la perte irréparable d'une carrière que le mineur serait condamné à subir, si nous ne donnions pas à la famille un pouvoir d'appréciation et une suffisante autorité [1]? »

Cependant, en déniant à l'étranger majeur de vingt-deux ans le droit de se prévaloir de l'art. 9, la proposition votée par le Sénat ne fait-elle pas trop bon marché des lois personnelles dont il relève par sa nationalité ou son domicile? Peut-être reculent-elles à vingt-cinq ans la majorité de leurs ressortissants et refuseront-elles en conséquence de tenir pour valable un changement de patrie obtenu par eux avant cette échéance; d'où il suit que l'individu qui a satisfait aux prescriptions de l'art. 9 peut se trouver en butte aux revendications simultanées de la France qui l'a accueilli au nombre de ses enfants, et de sa nation d'origine, dont, à raison de son âge, il n'a pu valablement secouer l'allégeance. Que le Sénat n'ait pas reculé devant cet inconvénient possible, alors qu'il s'agit d'assurer à un enfant, qui n'est même pas majeur au regard de nos lois, le bienfait de

[1] *Rapport supplémentaire* de M. Batbie, p. 4.

Digitized by Google

l'égalité civile en lui ouvrant le libre accès des écoles du gouvernement et des fonctions publiques, cela se comprend : de deux maux il a choisi le moindre ; il a préféré le conflit à l'injustice. Mais l'art. 9 répond encore à d'autres nécessités ; son bénéfice est avantageux même pour le majeur qui a passé l'âge où l'on se préoccupe ordinairement du choix d'une carrière, puisque, à la différence de la naturalisation du droit commun, il est affranchi de toute condition de stage préalable et entraîne dès le premier jour, pour celui qui l'obtient, le droit de siéger dans les assemblées politiques, où les suffrages du corps électoral viendraient à l'appeler. Dès lors pourquoi ne pas permettre à l'étranger né sur le territoire français d'invoquer, même après ses vingt-deux ans, une faveur reposant tout entière sur la présomption d'attachement au sol natal, et d'attendre, pour réclamer la qualité de Français, qu'il soit majeur au regard des lois de son pays d'origine et qu'il puisse valablement se soustraire à la sujétion de ce pays, sans élever entre lui et sa nouvelle patrie un conflit, dangereux pour la fixité de son état juridique et pour son crédit ? Le nouvel art. 9 ne tient, à ce point de vue, aucun compte du *statut personnel* de l'étranger, dont la doctrine et la jurisprudence autorisent cependant, par une interprétation rationnelle de l'art. 3, § 3 du Code civil, l'application à son état et à sa capacité sur le sol et devant les tribunaux français. C'est en prenant ce dernier texte comme point de départ que la plupart des auteurs et des décisions judiciaires récentes ont admis que le délai d'un an, accordé par l'art. 9 actuellement en vigueur à l'enfant né en France d'un père étranger, pour réclamer la nationalité française, commence à courir du jour où la loi personnelle de ses auteurs le constitue majeur [1], et cette solution, conforme aux principes généraux du droit international privé, donne satisfaction à tous les intérêts, si l'on prend soin d'exiger des individus auxquels s'applique l'art. 9 la justification simultanée de leur capacité en pays étranger et de la majorité française de vingt-et-un ans, qui formera ainsi pour eux un minimum de nature à rendre tout conflit de nationalités impossible. Une pareille combinaison, dont nous avons ailleurs apprécié l'effica-

[1] V. ci-dessus.

Digitized by Google

cité [1], trouverait avec avantage sa place dans la loi nouvelle ; il suffirait de substituer à la limite invariable de vingt-deux ans une limite mobile, d'étendre jusqu'à la fin de l'année qui suivra la majorité étrangère de l'intéressé le délai pendant lequel il lui est permis de devenir français par le bienfait de la loi, pourvu que cette majorité lui soit acquise plus tard que celle établie par la législation française.

La rédaction proposée pour l'art. 9 nous paraît appeler un autre reproche ; elle semble méconnaître dans une certaine mesure la nature contractuelle du lien que la nationalité crée entre l'Etat et le citoyen. De ce que le droit de cité dérive d'un accord de volontés, il suit que quiconque veut l'acquérir ou le perdre doit consentir expressément et personnellement au changement qui va s'accomplir dans sa condition. Aucune volonté ne saurait suppléer à celle de l'intéressé, pas plus en cette matière qu'en matière de testament ou de mariage. Et cependant le texte nouveau dispose que le bénéfice de l'art. 9 ne peut être acquis à l'étranger mineur que *sur la déclaration faite en son nom par son père, sa mère ou son tuteur, avec l'approbation du conseil de famille ;* ce qui revient à dire que la nationalité française lui sera parfois conférée sans son aveu et malgré lui. Il y a là une exagération. Le devoir d'assistance qui incombe aux parents et autres protecteurs naturels de l'enfant ne va pas jusqu'à l'absorption de son individualité. Lorsque l'intérêt du mineur lui commande de se donner à la France, c'est-à-dire presque toujours à l'âge où la nécessité d'embrasser une carrière se fait sentir, il possède assez de maturité et de raison pour manifester lui-même ses intentions, pour accomplir un acte personnel ; et le concours de ses père, mère ou tuteur à cet acte n'a d'autre objet que de compléter, de renforcer sa capacité légale encore imparfaite. La femme à quinze ans, l'homme à dix-huit se marient par eux-mêmes, et le consentement nécessaire de leurs auteurs ne peut tenir lieu de leur volonté propre. Nous demandons qu'il n'en soit pas autrement pour un changement de patrie.

On retrouve le même oubli des principes dans les art. 8-5° et 12 du texte voté par le Sénat en première lecture, qui associaient

[1] V. notre *Traité élémentaire de droit international privé*, p. 41.

Digitized by Google

de plein droit aux effets de l'acquisition de la nationalité française par un chef de famille sa femme et ses enfants mineurs, et qui résolvaient ainsi, contrairement à la doctrine[1], à la jurisprudence [2], voire même à la législation de 1851 et de 1882, la question de savoir si le changement de nationalité est personnel à celui qui l'accepte ou le subit, ou si ses conséquences juridiques atteignent même les membres de sa famille. L'autorité maritale et la puissance paternelle ont pour fondement et pour limite l'intérêt de la femme, celui de l'enfant; et cet intérêt ne peut exiger que l'une et l'autre soient dénationalisés contre leur gré, par un acte auquel ils n'ont eu aucune part et sur l'opportunité duquel ils n'ont pas été consultés. Si la nationalité française réclamée par le chef de famille, en vertu de l'art. 9 du Code civil, doit être avantageuse à sa femme et à ses enfants mineurs, nous ne verrions aucun inconvénient à leur permettre d'invoquer, comme lui et avec son assentiment, les dispositions privilégiées de ce texte; mais on ne saurait aller jusqu'à les dispenser de toute manifestation personnelle de leur désir; autrement pour eux la nationalité ne serait plus l'expression d'un choix libre et volontaire : elle leur serait imposée par le caprice d'autrui. Cette critique n'a d'ailleurs qu'une portée rétrospective. Le Sénat lui-même semble avoir reconnu le danger de sa décision première en effaçant du texte auquel il s'est définitivement rallié les dispositions qu'elle vise. La question demeure donc pendante; et la jurisprudence y conserve toute son autorité.

Au contraire la discussion qui s'est élevée sur la rétroactivité de l'option opérée conformément à l'art. 9 prendra fin avec la loi nouvelle. L'art. 20, rompant avec la doctrine affirmée à maintes reprises par la Cour de cassation, limite à l'avenir les effets juridiques de cette option. Les droits des tiers, souvent menacés par une rétroactivité qu'il semblait difficile de ne pas admettre, en présence des principes généraux qui gouvernent la matière des

[1] Demolombe, t. I, n° 275; Aubry et Rau, *op. et loc. cit.*, note 36; Cogordan, *op. cit.*, p. 154; Laurent, *op. cit.*, t. III, p. 284; de Folleville, *Traité théorique et pratique de la naturalisation*, p. 442 et s.

[2] V. not. Trib. civ. Seine, 4 février 1882 (*Le Droit* du 17 février); Aix, 21 mars 1882 (*Journal du droit international privé*, 1882, p. 542).

Digitized by Google

conditions et du silence gardé par la loi, seront désormais à l'abri de toute surprise [1].

C. Sur la condition de l'enfant né en France d'un père étranger qui lui-même y est né, nous n'avons que peu de choses à dire. La proposition votée en deuxième délibération par le Sénat maintient, dans son art. 8-3°, la règle, déjà écrite dans la loi du 7 février 1851, reproduite et expliquée par celle du 16 décembre 1874, qui attribue à cet enfant la nationalité française, dès l'instant de sa naissance, sous la réserve d'une option pour la patrie de ses auteurs, exprimée en temps utile et appuyée de certaines justifications : toutefois elle y a introduit quelques changements. Le texte arrêté par la chambre haute admet l'intéressé à faire connaître sa volonté, *soit à l'époque de son appel sous les drapeaux*, soit dans l'année qui suit *sa* majorité ; il n'a pas paru utile de spécifier, ainsi que l'avait fait la loi de 1851, que cette majorité n'est autre que celle fixée par la loi française. L'individu qui décline la qualité de Français a, dès l'instant de sa naissance et jusqu'au jour de son option, appartenu à la France et relevé du statut personnel français ; *sa* majorité est donc incontestablement la majorité française. Cela dit, nous estimons que, pour parer à toute difficulté internationale, il eût été préférable de laisser l'option se produire jusqu'à l'expiration de l'année qui suit le moment où l'enfant serait devenu majeur par application de la loi personnelle de son auteur, dans le cas où cette loi reculerait au-delà de vingt-et-un ans l'âge de la capacité juridique pour ceux qu'elle régit. L'Etat étranger, auquel ressortissent les père et mère de l'enfant, incapable au regard de sa législation, de changer de patrie, refusera sans doute d'attacher un effet de dénationalisation au silence qu'il a gardé et dans lequel la loi française voit une option tacite pour la France ; cet enfant aura donc, sans avoir

[1] La commission de la Chambre des députés, chargée d'examiner la proposition de loi que le Sénat a votée n'a pas trouvé suffisant l'article 9 dont il a consacré le maintien ; le texte sur lequel elle s'est mise d'accord déclare Français tout individu né en France d'un étranger qui, au moment de l'appel sous les drapeaux ou de la majorité de son enfant, y serait établi depuis vingt ans au moins, si cet individu ne décline pas la qualité de Français, en prouvant qu'il a conservé la nationalité de ses parents.

Digitized by Google

exprimé aucune volonté formelle, deux patries à la fois; pourquoi ne pas lui permettre d'attendre, pour se donner définitivement à l'une, qu'il ait rompu les liens qui l'attachent encore à l'autre?

L'art. 8-3° de la proposition astreint à une double justification l'individu qui veut répudier la nationalité française. Ce dernier doit établir, d'une part, qu'il n'a pas cessé d'appartenir à la patrie de ses parents, de l'autre, — et c'est là une innovation, — qu'il a satisfait à la loi militaire de son pays, dans le cas où il y est soumis. Cette condition, ajoutée à la loi, sur un amendement de M. Pâris, s'explique aisément. Tout le monde sait en effet qu'il existe, dans nos départements frontières, une classe nombreuse d'individus qui, nés de parents établis depuis plusieurs générations sur le territoire français, trouvent le moyen d'y exercer des droits importants, tout en y échappant, aussi bien que dans leur pays d'origine, au plus lourd et au plus sacré des devoirs, au service militaire. Les a-t-on portés en France sur la liste du recrutement, ils protestent contre cette inscription, en excipant de leur extranéité; et de l'autre côté, la frontière française les protège contre toute poursuite des autorités étrangères. « Les populations ouvrières sont légitimement choquées, au moment où les jeunes gens de vingt ans quittent famille et métier pour se rendre au régiment et servir la patrie, de voir rester paisiblement à leur foyer des camarades d'atelier nés comme eux en France, alors que, pendant vingt ans, ces camarades ont participé avec eux à tous les avantages accordés aux Français par la loi française, alors qu'au point de vue du salaire de l'atelier et des emplois lucratifs de l'usine, ils leur ont fait concurrence [1]. » L'égalité se trouvera rétablie par la disposition nouvelle qui exige de l'individu qui veut renoncer à l'allégeance française la preuve qu'il a rempli ses obligations militaires en pays étranger. Cette condition peut d'ailleurs être modifiée par les stipulations souveraines des traités internationaux [2].

[1] M. Pâris, au Sénat (Séance du 3 février 1887).

[2] Au cours de la discussion de la loi militaire, qui vient de finir à la Chambre des députés, M. Ch. Dupuy avait proposé un amendement déclarant « Français tout individu né en France d'un étranger qui lui-même y

Digitized by Google

II. — *Naturalisation.*

La naturalisation peut être définie *un acte souverain et discrétionnaire de la puissance publique, en vertu duquel un sujet étranger acquiert le titre et les droits de citoyen.*

Cette matière est aujourd'hui gouvernée en France par les lois du 29 juin 1867 et du 14 février 1882. De droit commun, tout individu qui veut devenir français par l'effet d'une naturalisation doit satisfaire à trois conditions : 1° être majeur de vingt-et-un ans ; 2° avoir obtenu l'autorisation de fixer son domicile en France, autorisation qui lui confère par elle-même la jouissance des droits civils, que nos lois réservent en principe aux seuls nationaux (C. civ., art. 13); 3° avoir résidé sur le sol français pendant trois ans à compter du jour où la demande d'autorisation a été enregistrée au ministère de la justice. Au Président de la République il appartient de statuer, sur toute requête à fin de naturalisation, par décret rendu en Conseil d'Etat, après information sur la moralité et les antécédents du postulant. Le décret, une fois promulgué et inséré au *Bulletin des lois*, a pour effet d'assimiler d'une manière complète l'étranger aux natifs français, aussi bien sous le rapport de l'admission aux droits politiques qu'au point de vue des droits d'ordre exclusivement privé. Cette assimilation ne se produit d'ailleurs que dans l'avenir, et, suivant l'opinion commune, autorisée par les lois de 1851 et de 1882, elle ne profite ni à la femme, ni aux enfants de celui qui l'a sollicitée; et elle ne peut être invoquée contre eux.

A côté de la naturalisation ordinaire, dont nous venons de résumer les conditions et les principaux effets et à laquelle tout étranger peut prétendre, la loi a fait une situation privilégiée à certaines personnes qu'elle a jugées dignes d'une faveur particu-

est né », et l'astreignant en conséquence au service. Le but de cette motion était de retirer à l'individu dont elle s'occupe le droit d'option qui lui est reconnu par les lois de 1851 et 1874. On lui objecta avec raison qu'il serait dangereux de modifier ainsi d'une manière indirecte la législation sur la nationalité; et l'auteur de l'amendement lui-même n'insista pas pour son adoption, devant l'assurance que la commission de la Chambre saisie de la proposition de loi sur la nationalité lui avait déjà donné satisfaction.

Digitized by Google

lière. Pour les unes — et ce sont les étrangers qui ont rendu à la France de signalés services, soit en y apportant de grands talents, des inventions utiles, soit en y créant des établissements agricoles, industriels ou commerciaux, — le stage de résidence de trois années est exceptionnellement réduit à un an (L. 29 juin 1867, art. 2). D'autres, les enfants nés, même à l'étranger, d'un ci-devant Francais, peuvent, dans l'année de leur majorité, réclamer comme un droit la nationalité française, en se soumettant aux prescriptions de l'article 9 du Code civil (C. civ., art. 10, § 2). Enfin la femme étrangère qui épouse un Français devient elle-même française par le seul fait de son mariage (C. civ., art. 12).

Diverses modifications ont été apportées par le texte sénatorial au régime actuel de la naturalisation française; toutes ne nous paraissent pas également heureuses; d'autres leur fourniraient un complément utile.

A. *Naturalisation ordinaire.* — Le Conseil d'Etat et le Sénat lui-même, dans sa première délibération, partant de cette idée que les actes de l'autorité française ne sauraient être assujettis à l'observation d'une loi étrangère, avaient maintenu la condition d'âge posée par la législation antérieure, et, sans tenir aucun compte du statut personnel de l'étranger, subordonné à la majorité française de vingt-et-un ans son aptitude à la naturalisation. Il y avait là, répétons-le, un oubli de la règle internationale qui soumet en tous lieux l'état et la capacité des personnes à la loi de leur origine (C. civ., art. 3, § 3), oubli d'autant plus étrange qu'il ne se retrouve pas dans les lois qui régissent les pays voisins de la France, aussi jaloux sans doute que notre patrie peut l'être de leur autonomie législative et de leurs droits souverains. Les lois de l'Allemagne, de l'Angleterre, du Grand-Duché de Luxembourg et de la Suisse nous fournissent à cet égard des indications qu'il ne faut pas dédaigner :

Loi allemande du 1er juin 1870, art. 8 : « La naturalisation ne doit être accordée aux étrangers que : 1° lorsqu'ils sont capables de disposer de leurs personnes (*dispositionsfaehig*), *d'après les lois du pays auquel ils ont appartenu jusque-là...* »

Digitized by Google

Loi anglaise du 12 mai 1870, art. 7, *in fine :* « L'étranger qui aura obtenu la naturalisation jouira des mêmes droits, politiques ou autres, que le citoyen d'origine, *pourvu toutefois qu'il soit considéré comme sujet britannique dans sa patrie d'origine, s'il vient à y séjourner.*

Loi luxembourgeoise du 27 janvier 1878, art. 2 : « La naturalisation ne pourra être accordée à des étrangers, *lorsqu'elle ne se concilie pas avec les obligations qu'ils ont à remplir envers l'Etat auquel ils appartiennent, et qu'il pourrait en naître des conflits.* »

Loi fédérale suisse du 3 juillet 1876, art. 2 : « Le Conseil fédéral n'accordera l'autorisation de se faire naturaliser qu'aux étrangers...., 2° *dont les rapports avec l'Etat auquel ils ressortissent sont tels qu'il est à prévoir que leur admission à la nationalité suisse n'entraînera pour la Confédération aucun préjudice.* »

Tous ces textes sont inspirés par la nécessité de prévenir d'insolubles conflits de nationalité, en n'admettant au droit de cité que les seuls étrangers qui sont en règle avec leur patrie d'origine, c'est-à-dire qui sont capables, en vertu des lois qui la régissent, de secouer son allégeance. La même prévoyance ne s'impose-t-elle pas au législateur français ? Sans doute il est en droit d'exiger que le candidat à la naturalisation satisfasse aux conditions de capacité qu'il lui plaît de fixer ; mais ses exigences se limitent à l'acquisition de la nationalité française ; quant à la dénationalisation qui la précède ou l'accompagne nécessairement et sans laquelle elle serait toujours relative et précaire, c'est à la loi personnelle de l'étranger qu'il appartient, et qu'il appartient exclusivement, de la réglementer ; et ce n'est qu'au prix de difficultés incessantes, d'empiétements sur le domaine réservé des autres souverainetés qu'on pourrait lui en contester le droit. Ces considérations ont frappé, dans l'intervalle des deux lectures, la commission chargée de l'examen de la loi proposée : dans le texte par elle soumis à la deuxième délibération du Sénat, et définitivement adopté, nous ne retrouvons pas la condition d'âge d'abord exigée. L'art. 5 se borne à nous dire qu' « un règlement d'administration publique déterminera... 2° Les for-

Digitized by Google

malités à suivre et les *justifications à faire*, relativement à la naturalisation ordinaire... » Le chef de l'État précisera donc, par décret rendu en Conseil d'État, l'âge dont devra justifier tout postulant étranger, et sa décision, disons-le, respectera tous les principes et tous les intérêts, si elle astreint ce dernier à prouver que, parvenu à la majorité française de vingt-et-un ans, il est en outre pleinement capable, devant les lois de son pays, de changer de patrie. La commission avait sous-entendu une disposition de ce genre, lorsque, traçant au pouvoir auquel incombe la mission de statuer sur la naturalisation, une règle de conduite, elle avait inséré dans le texte final de son art. 8 le paragraphe suivant : « La naturalisation ne doit pas être accordée au demandeur qui, en devenant français, conserverait sa nationalité d'origine d'après la loi de son pays. » Mais elle a consenti à le retirer, en présence des réserves du garde des sceaux, affirmant qu'il y aurait danger international à limiter par un texte de loi la liberté d'appréciation du Président de la République, et de l'assurance formelle donnée par lui que le gouvernement s'efforcerait, dans la mesure du possible, de se conformer aux indications de la commission, en réservant le bénéfice de la nationalité française aux seuls étrangers affranchis de l'allégeance de leur patrie d'origine.

La nécessité de l'admission préalable à domicile, imposée par les textes en vigueur à tout étranger qui est en instance pour obtenir un décret de naturalisation, a peine à se comprendre et à se justifier. On fait valoir en sa faveur des motifs tirés à la fois de l'intérêt national et de l'intérêt personnel du requérant. Par la demande en autorisation dont il est saisi, le gouvernement français est, dit-on, mis à même et en demeure de prendre tous les renseignements utiles sur les sentiments, sur les ressources, sur la conduite de celui qui sollicite son accueil, de le repousser de prime abord, s'il y a indignité flagrante, et, dans tous les cas, de le soumettre, pendant la période d'épreuve de trois ans, dont l'admission à domicile fixe l'ouverture, à une observation et à une surveillance attentives, qui ferment la porte à toute surprise. Mais, si tel est le rôle de l'admission à domicile, quelle sera l'utilité de la nouvelle enquête qui doit nécessairement précéder tout

Digitized by Google

décret de naturalisation? Ne fera-t-elle pas double emploi avec l'information à laquelle il aura été procédé sur le compte du même individu, au jour de sa demande d'autorisation? L'une ou l'autre est de trop.

On insiste. La loi française traite avec beaucoup plus d'égards l'étranger admis à domicile que celui qui n'a pas bénéficié d'une semblable mesure. Quelque sentiment que l'on professe d'ailleurs sur la question si délicate et si controversée de la participation de ce dernier à la jouissance des droits d'ordre privé qu'aucun texte formel ne lui refuse, l'infériorité de sa condition éclate à divers points de vue. Le privilège de juridiction institué par l'art. 14 du Code civil au profit du Français, demandeur en justice, l'exception *judicatum solvi*, ouverte au défendeur français, en certaines matières, contre un adversaire étranger (C. civ , art. 16; C. pr. civ., art. 166), ne sont opposables qu'à l'étranger non autorisé et ne peuvent être invoqués par lui. L'étranger autorisé à fixer son domicile en France peut seul y obtenir l'assistance judiciaire (Circulaire du garde des sceaux du 4 novembre 1857), l'autorisation d'enseigner (Loi du 30 octobre 1886, art. 4), le droit de prendre part aux coupes affouagères (Loi du 21 novembre 1883, modifiant l'art. 105 du Code forestier); enfin son expulsion du territoire français, prononcée par application de la loi des 3-11 décembre 1849, ne peut être définitive qu'après le retrait de l'autorisation (Loi de 1849, art. 7). Les avantages que l'étranger, candidat à la nationalité française, puise dans son admission préalable à domicile sont donc très appréciables; ils lui permettent d'attendre avec patience, et sans trop souffrir, l'heure de sa naturalisation, son intérêt lui commande de se les assurer.

L'argument nous touche peu. Les facilités qui résultent pour l'étranger de l'autorisation dont il s'est muni ne sont pas aussi considérables qu'on veut bien le dire, surtout si on les compare aux démarches, aux formalités dont elle est le prix. Combien d'étrangers admis à domicile en France n'auront jamais à plaider devant nos tribunaux, à se défendre contre une mesure d'expulsion, à solliciter l'ouverture d'une école? De toute manière la loi française ne saurait être meilleur juge qu'eux-mêmes de ce

Digitized by Google

que leur intérêt réclame. Qu'elle les laisse libres de solliciter leur admission à domicile, si la jouissance des droits civils dont cette admission est la source leur paraît utile ou désirable, rien n'est plus naturel; mais ce que nous comprenons moins, ce que nous ne comprenons pas, c'est qu'elle fasse de cette mesure la condition *sine qua non*, le prélude indispensable de la naturalisation.

Ces objections ont porté leurs fruits. La proposition de M. Batbie et le texte arrêté par le Sénat, tout en continuant à soumettre en principe le demandeur en naturalisation à un stage *autorisé* de trois ans sur le territoire français, affranchissent de cette condition, jusqu'ici de rigueur, l'étranger résidant en France depuis dix ans au moins. Dix ans de résidence non interrompue équivaudront donc, au point de vue de la naturalisation, à trois ans de domicile autorisé.

L'admission à domicile, ainsi conservée, mais diminuée dans son importance, changera d'ailleurs de caractère avec la législation projetée. Désormais son unique objet sera de préparer la naturalisation de l'étranger; elle cessera d'être pour lui, en dehors de toute vue de naturalisation, le moyen d'arriver individuellement, et sans le secours d'un traité, à la jouissance des droits civils reconnus par nos lois à ceux-là seuls qui sont français. L'étroite solidarité de l'admission à domicile et de la concession du droit de cité est affirmée en ces termes par l'art. 13, dans sa rédaction nouvelle : « L'étranger qui aura été autorisé par décret à fixer son domicile en France y jouira de tous les droits civils. *L'effet de l'autorisation cessera à l'expiration de trois années, si l'étranger ne demande pas la naturalisation ou si la demande est rejetée.* En cas de décès avant la naturalisation, l'autorisation et le temps de stage qui a suivi profiteront à la femme et aux enfants qui étaient mineurs au moment du décret d'autorisation. »

Il y aurait beaucoup à dire sur cette disposition. Si l'admission à domicile peut être défendue, c'est précisément, suivant nous, à la condition de la rendre tout-à-fait indépendante de la naturalisation proprement dite, d'en faire une institution particulière, une sorte de demi-naturalisation, analogue à la *denization* du droit britannique, emportant, comme elle, concession partielle

Digitized by Google

des droits et soumission partielle aux devoirs contenus dans le droit de cité, et conférée par le gouvernement français aux étrangers dont le dévouement à notre patrie n'est pas assez éprouvé, dont l'absence d'esprit de retour au lieu de leur origine n'est pas assez établie, pour que la nationalité française puisse leur être reconnue dans toute sa plénitude, sans danger pour l'intégrité morale et pour la sécurité matérielle de la France. L'étranger résidant sur le sol français, y ayant des intérêts, des affections, mais n'ayant pas perdu le souvenir de la patrie absente et le désir de la revoir, trouverait dans l'admission à domicile ainsi comprise le moyen de concilier avec la fixité relative, qui est nécessaire à sa condition présente, ses devoirs envers son pays natal, au sein duquel il ne désespère pas de rapporter un jour l'aisance ou la fortune que son intelligence et son travail lui auront acquise. A la France d'apprécier s'il lui convient de favoriser ce calcul; à son gouvernement de rejeter la demande d'autorisation, comme il en a le droit incontestable, dans le cas où son admission se heurterait à quelque difficulté d'ordre intérieur.

Si l'on ne laisse aux étrangers, aujourd'hui si nombreux en France [1], d'autre alternative que la privation totale des droits civils ou le *plenum jus civitatis*, n'est-il pas à craindre qu'en recherchant la nationalité française, ils n'obéissent le plus souvent et surtout à des préoccupations vulgairement intéressées et ne conservent à la patrie qui les a vus naître un dévouement et un amour, poussés peut-être jusqu'à la trahison? Et le gouvernement français lui-même hésitera à condamner, par son refus, ceux qui s'offrent à lui, à une sorte de mort civile. L'admission à domicile, en conservant à l'étranger la marque de son origine, en lui interdisant toute participation, même éloignée, à la gestion des affaires publiques, donne donc satisfaction à tous les intérêts; elle permet à l'étranger d'accomplir librement tous les actes de sa vie juridique; mais elle n'introduit pas pour cela dans la patrie française des citoyens douteux ou félons. Pourquoi donc, si tels

[1] Le dénombrement de la population, opéré le 30 mai 1886, accuse la présence sur le territoire français de 1,115,214 étrangers, sur une population totale de 38,218.903 habitants (*Journal officiel* du 30 janvier 1887).

Digitized by Google

sont ses avantages, ne pas lui laisser son existence propre et la réduire au rôle inutile de préliminaire d'un décret de naturalisation ?

En résumé, nous estimons que l'art. 13 du Code civil aurait pu, sans inconvénient, être maintenu dans sa teneur actuelle ; mais que, d'autre part, la nécessité de l'admission à domicile, exigée de l'étranger demandeur en naturalisation, n'a plus aucune raison d'être. Cette condition serait, à notre sens, avantageusement remplacée par une simple déclaration de volonté, par laquelle l'étranger affirmerait son intention de devenir français, et qui ferait courir le délai de résidence qui lui est imposé, mais sans lui conférer la jouissance des droits civils à laquelle seule une autorisation de domicile, sollicitée par lui s'il le juge à propos, pourrait l'appeler. « Confirmée à trois ans d'intervalle par une demande de naturalisation, cette déclaration révélera chez l'étranger une intention persistante et réfléchie de devenir français; en même temps, elle attirera sur lui l'attention et la surveillance de l'autorité, qui se trouvera renseignée, par une expérience quotidienne, sur sa conduite et sur ses aptitudes. La double enquête, la double décision gouvernementale seront ainsi évitées, et avec elles les lenteurs regrettables qu'elles occasionnent [1]. »

Il n'est pas inutile de remarquer que le texte nouveau ne réclame pas, ainsi que l'avaient fait les lois antérieures, l'intervention du Conseil d'Etat au décret de naturalisation. A l'époque où la loi du 3 décembre 1849 avait formulé cette exigence, on comprenait aisément qu'elle eût été jugée utile. On avait en effet vivement discuté devant l'Assemblée nationale le point de savoir si le droit d'admettre un membre nouveau dans la cité rentre

[1] Cf. notre *Traité élémentaire de droit int. pr.*, p. 115. Un amendement en ce sens avait été proposé en 1867, lors de la discussion de la loi sur la naturalisation, par M. de Tillancourt, député de l'Aisne. Plus tard, en 1877, une autre proposition tendant à la suppression de l'admission préalable à domicile, qui aurait été remplacée par une résidence continuée pendant cinq ans sur le territoire français, en dehors de toute déclaration de volonté, fut soumise, sans plus de succès, à la Chambre des députés par M. Escanyé.

Digitized by Google

dans les attributions du pouvoir législatif ou dans celles du chef de l'Etat. Ce dernier l'emporta, mais, dans une vue de transaction, la loi crut devoir subordonner l'exercice de sa prérogative à un avis préalable du Conseil d'Etat, dont les membres, alors élus par l'Assemblée elle-même, constituaient à vrai dire une émanation et un rouage du pouvoir législatif. Aujourd'hui le Conseil d'Etat a un autre caractère et une autre origine : placé dans la dépendance du Président de la République, auquel la constitution de 1875 réserve le droit de nommer et de révoquer ceux qui le composent, il n'est plus qualifié, comme autrefois, pour prêter aux décisions du chef de l'État, en matière de naturalisation, un concours dont l'effet le plus certain serait de retarder une mesure souvent urgente et toujours impatiemment attendue. L'enquête administrative qui doit nécessairement la précéder enlève à ce concours toute utilité pratique.

Un débat assez vif s'est élevé, au cours de la seconde délibération, sur un amendement de MM. Naquet, Isaac et Boulanger, proposant au Sénat d'affranchir les candidats à la naturalisation des droits de sceaux qui sont actuellement perçus au profit du Trésor. Le Gouvernement élevait contre cet amendement diverses objections : Ce serait porter atteinte au monopole chèrement acheté des référendaires au sceau que de les priver des émoluments assez considérables dont la naturalisation est pour eux la source et sur lesquels ils ont eu le droit de compter. D'ailleurs, la dispense générale réclamée par les auteurs de l'amendement n'aurait pas la vertu qu'ils lui prêtent, puisque le gouvernement a la faculté de remettre en tout ou en partie les droits exigibles, et qu'en fait il en use libéralement en faveur des 19/20 de ceux qui sollicitent la nationalité française; ce serait donc dépouiller le Trésor au profit exclusif de ceux qui ont les moyens de faire face aux frais de la naturalisation et que ces frais n'appauvriront pas. A ces objections de principe, M. le garde des sceaux ajoutait une considération non moins pressante, tirée de la prérogative que la constitution reconnaît à la Chambre des députés en matière financière, et qui, suivant l'orateur du gouvernement, fait obstacle à la suppression d'une taxe fiscale par un vote du Sénat.

Le nouveau sénateur de la Meuse, M. Boulanger, a, dans une

Digitized by Google

argumentation vigoureuse et serrée, réduit tous ces scrupules à leur juste valeur. Plaider, à l'encontre de la gratuité de la naturalisation, la cause du référendaire qui lui vend son onéreux concours, revient à dire que l'impôt, si injuste, si impopulaire qu'il soit, doit être maintenu dans l'intérêt des agents que sa perception fait vivre. Une réforme, demandée par le bien de tous, ne saurait être paralysée par l'intérêt, assurément respectable, d'une corporation. L'équilibre du budget national ne sera pas compromis sans doute par l'abandon d'une recette sur laquelle on ne peut fonder que des prévisions singulièrement aléatoires, puisqu'il dépend de la chancellerie de n'en rien laisser subsister et que, de l'aveu même du garde des sceaux, la presque unanimité des étrangers naturalisés français bénéficient d'une remise gracieuse. Des dispenses aussi fréquentes ne démontrent-elles pas elles-mêmes l'inutilité d'une taxe qui, sans enrichir le Trésor, a le grand inconvénient de décourager les candidats peu favorisés de la fortune, ou tout au moins de susciter des intrigues et des ingérences nuisibles à la bonne administration. En cessant d'en faire le prix de la faveur, on aura rendu un signalé service au gouvernement, débarrassé de sollicitations importunes, aussi bien qu'à ceux que la modicité de leurs ressources a jusqu'à ce jour empêchés de se donner à la France. L'objection tirée de la prérogative financière de la Chambre des députés ne se soutient pas. La loi constitutionnelle du 24 février 1875, statuant sur les droits respectifs des deux assemblées entre lesquelles se trouve aujourd'hui partagée la puissance législative, s'exprime ainsi, dans son art. 8 : « Le Sénat a, concurremment avec une Chambre des députés, l'initiative et la confection des lois. Toutefois les *lois de finances* doivent être, en premier lieu, présentées à la Chambre des députés et votées par elle. » Or qu'est-ce qu'une *loi de finances?* Ce caractère appartient sans aucun doute à la loi du budget, qui règle les recettes et les dépenses de chaque exercice, et même aux lois portant ouverture de crédit supplémentaires, qui en forment le complément. Mais peut-on en dire autant d'une loi générale, relative aux associations, aux chemins de fer, *à la nationalité,* parce qu'entre autres dispositions, elle contient accidentellement une suppression ou une modification d'impôt? Ad-

Digitized by Google

mettre l'affirmative, ce serait dépouiller en fait le Sénat du droit d'initiative qu'il exerce concurremment avec la Chambre; il n'est pas de réforme sociale qui ne touche pas par quelque côté aux intérêts financiers du pays; si la thèse du gouvernement devait prévaloir, il ne resterait au Sénat que bien peu de chose de ses attributions législatives.

Ces observations ont produit la plus vive impression sur le Sénat, jaloux à juste titre de ses droits constitutionnels et de sa dignité; dans sa séance du 11 février 1887, il s'est prononcé pour la gratuité des naturalisations, admissions à domicile et réintégrations dans la qualité de Français.

Si maintenant nous passons aux effets de la naturalisation réglementée par le texte nouveau, divers changements apportés au régime antérieur se recommandent à notre attention.

Tout d'abord, la concession de la nationalité française n'emporte plus par elle-même *hic et nunc* le droit de siéger dans nos assemblées législatives : ce droit n'est acquis à l'étranger que dix ans après le décret qui l'a admis au nombre des citoyens français; mais le délai peut être réduit à un an par une loi spéciale (Proposition votée par le Sénat, art. 3). Ainsi se trouvera restaurée, sous une forme nouvelle, la *grande naturalisation*, successivement organisée en France par l'ordonnance royale du 4 juin 1814 et par la loi républicaine du 3 décembre 1849, et à laquelle le second empire avait implicitement renoncé (Décret du 2 février 1852, art. 12 et 26). Le législateur de 1887, prenant exemple sur les institutions de l'Angleterre, de la Belgique, des Etats-Unis d'Amérique, de la Hongrie, de l'Italie et de la Russie[1], a considéré, avec infiniment de raison, qu'il y a quelque imprudence à ouvrir à des étrangers d'hier, dont l'affection pour la France est de fraîche date, le Parlement où sont discutés et résolus les plus graves intérêts de la patrie, en contradiction manifeste peut-être avec ceux de l'État auquel ils se sont rattachés jusque-là.

Le Sénat n'a pas maintenu, dans sa deuxième délibération, la disposition relative au service militaire de l'étranger naturalisé par laquelle il avait d'abord cru devoir rétablir entre ce dernier

[1] V. notamment la loi hongroise des 20-24 décembre 1879 (art. 15), dans l'*Annuaire de législation etrangère*, 1880, p. 351.

Digitized by Google

et le Français d'origine l'égalité de devoirs et de charges, méconnue par les dernières lois sur le recrutement. Dans le système actuel, l'étranger qui ne peut obtenir la naturalisation en France qu'après avoir atteint vingt-et-un ans, c'est-à-dire dépassé l'âge de la conscription, échappe à l'impôt du sang. A la vérité la loi militaire du 27 juillet 1872 (art. 9) retarde l'époque du tirage au sort pour les individus nés sur le territoire français de parents étrangers (C. civ., art. 9; L. 7 février 1851, art. 1er), mais, par un oubli qui semble inexplicable, elle ne dit rien de l'étranger naturalisé qui jouit ainsi, au regard des natifs, d'une immunité que rien ne justifie. Pour faire cesser cette anomalie, le texte adopté par le Sénat en première lecture disposait, dans son art. 2 : « L'étranger naturalisé a les mêmes droits que les Français d'origine; il est soumis aux mêmes charges; *il doit en particulier le service militaire, suivant l'âge de la classe à laquelle il aurait appartenu s'il avait été français à l'époque où elle a été appelée.* » Cet article ne se retrouve pas dans la rédaction nouvelle; on a considéré que la règle qu'il exprime, et dont tout le monde s'accorde à approuver l'esprit et à reconnaître la nécessité, sera mieux à sa place dans la loi sur le recrutement, dont le Parlement est saisi à l'heure présente, que dans une loi sur la nationalité.

Le texte définitivement arrêté n'associe pas, ainsi que l'avait fait le Sénat dans sa première délibération, la femme et les enfants mineurs aux conséquences de la naturalisation obtenue par le chef de famille. Nous avons déjà brièvement indiqué, au cours de cette étude, les raisons théoriques qui font obstacle à l'adoption de ce système; condamné par la doctrine presque universelle de nos auteurs et par la jurisprudence établie, il est en contradiction avec la nature même du droit de cité qui, reposant sur un contrat librement accepté, implique et réclame, chez chacun de ceux qui l'acquièrent, un acte personnel de volonté.

Toutefois on a justement observé que, si l'autorité du mari ou du père ne saurait aller jusqu'à imposer à ceux dont la condition se rattache à la sienne un changement désavantageux ou seulement antipathique, leur intérêt lui-même les engagera souvent à n'avoir d'autre nationalité que celle dont est revêtu le protecteur

Digitized by Google

de leurs personnes, l'administrateur de leurs patrimoines. Et dans ce cas, il est naturel d'accueillir avec une faveur particulière l'expression du désir qui les porte à l'acquérir. Les lois du 7 février 1851 (art. 2) et du 14 février 1882, conçues dans cet esprit, facilitent aux enfants de l'étranger naturalisé français, l'accès de la patrie française; et l'art. 12 de la loi nouvelle élargit encore le bénéfice de ces dispositions.

D'une part, « la femme mariée à un étranger qui se fait naturaliser français pourra, *sur sa demande*, être naturalisée sans condition spéciale, par le même décret que son mari. » Il n'y a là à vrai dire qu'une naturalisation exceptionnelle; la femme ne sera admise à s'en prévaloir que sur une manifestation non équivoque de son désir; mais alors elle est affranchie des conditions d'âge, de stage et d'admission à domicile, auxquelles de droit commun l'étranger doit satisfaire. Cette dispense se comprend à merveille. Désormais en effet la femme aura son domicile sur la terre française, puisqu'elle partage celui de son mari; les enfants qu'elle mettra au monde seront français comme leur père; ses affections, ses intérêts, ses relations auront leur siège en France. Ne sont-ce pas là des garanties précieuses de son attachement au pays dont son mari a recherché la nationalité, et ces garanties ne sont-elles pas au moins aussi sûres et aussi efficaces que celles dont la loi a cru devoir entourer l'admission d'un étranger quelconque au droit de cité?

D'autre part, « les enfants *majeurs* pourront aussi, continue l'art. 12, sans condition préalable de stage, être naturalisés, *s'ils le demandent*, par le décret qui confère la qualité de Français au père ou à la mère; *pour les enfants mineurs, la demande doit être faite par le père ou par le tuteur, avec l'approbation du conseil de famille.* » L'art. 2 de la loi du 7 février 1851, que ce texte est destiné à remplacer, permet à tout enfant, majeur ou mineur, de l'étranger naturalisé français, de réclamer cette même qualité, aux conditions prévues par l'art. 9 du Code civil, soit dans l'année de la naturalisation paternelle, soit dans l'année qui suit sa propre majorité. Les inconvénients de cette disposition ont été depuis longtemps mis en lumière. De deux choses l'une : ou bien l'enquête qui a précédé la naturalisation du père

Digitized by Google

s'est rigoureusement limitée à sa moralité et à ses antécédents personnels, et alors il est dangereux d'admettre, sans examen préalable et sans opposition possible, un enfant que son inconduite rend indigne de la qualité de Français; ou bien au contraire l'information administrative a porté non seulement sur la personne du principal intéressé, mais encore sur ceux auxquels sa naturalisation pourra profiter; et alors les renseignements défavorables recueillis sur le compte d'un de ces derniers auront peut-être pour conséquence de priver un homme universellement estimé d'une nationalité à laquelle il a tous les titres et qu'il ne pourrait qu'honorer.

Le nouvel art. 12 répond à cette préoccupation. Rompant la corrélation qui a existé jusqu'à ce jour entre l'art. 9 du Code civil et la situation faite par la loi de 1851 à l'enfant né d'un étranger naturalisé français, il refuse à ce dernier le *droit* à la nationalité française qu'on lui reconnaissait. L'enfant, à l'avenir, ne deviendra pas plus français malgré la France que malgré lui. Est-il majeur, il ne pourra recueillir le bénéfice de la naturalisation accordée à son père, que s'il l'a sollicité et s'il en a été jugé digne par le gouvernement français. Est-il encore mineur, la demande sera faite en son nom par son père ou par son tuteur avec l'assentiment du conseil de famille; mais dans un cas comme dans l'autre, aucune condition de résidence ou d'admission à domicile n'est imposée à l'enfant. La minorité n'empêche donc pas l'enfant issu d'un étranger naturalisé français d'être associé au changement de patrie obtenu par son père; l'armée et les grandes écoles nationales lui sont ouvertes, comme sous le régime introduit par la loi du 14 février 1882. Peut-être cependant est-il permis de regretter qu'à la différence de cette loi le législateur de 1887 ait tenu si peu de compte de la volonté du mineur, en autorisant ses représentants légaux à demander, pour lui et sans son intervention personnelle, le bénéfice de la nationalité française acquise à son auteur? Il n'y aurait pas eu d'inconvénient, croyons-nous, à laisser au mineur sorti de l'enfance le droit de faire lui-même connaître ses intentions, avec le concours de ceux que la loi a placés à ses cotés pour l'assister et le diriger dans les actes de la vie civile.

Digitized by Google

B. *Naturalisation privilégiée.* — En dehors des facilités reconnues par le nouvel art. 12 à la femme et aux enfants de l'étranger que la naturalisation a rendu français, et dont le seul but est de maintenir, en complétant et en élargissant cette dernière, l'unité de nationalité dans la famille, le texte adopté par le Sénat consacre, ainsi que l'avait fait la législation antérieure, des dispositions de faveur à certaines personnes, que d'éminents services recommandent à la bienveillance du gouvernement français, ou encore que des liens de famille unissent à la France.

a. C'est ainsi que le stage réglementaire de trois ans, que le droit commun impose à tout étranger candidat à la naturalisation, n'est pas de rigueur « pour celui qui a rendu des services importants à la France, qui y a apporté des talents distingués, qui y a introduit soit une industrie, soit des inventions utiles, qui a créé soit des industries, soit des exploitations agricoles. » (Texte adopté, art. 8-4°, *in fine*). Un an après son admission à domicile, l'étranger qui se trouve dans l'un des cas énumérés par cet article peut obtenir le bienfait de la naturalisation. La disposition qui vient d'être rappelée ne diffère pas sensiblement de celle de l'art. 2 de la loi du 29 juin 1867 ; nous nous bornerons à constater qu'elle n'exige plus, ainsi que cette dernière, la création de *grands* établissements industriels ou de *grandes* exploitations agricoles. « On a fait observer avec raison qu'il y a certains établissements qui n'étaient pas grands par l'étendue, certaines exploitations agricoles qui n'étaient pas très considérables, mais qui étaient menés avec un tel talent, un tel savoir-faire, qu'ils rendaient autant de services qu'une grande exploitation, parce qu'ils donnaient l'exemple de la bonne culture, de l'industrie sagement conduite [1]. » D'ailleurs le gouvernement est investi d'un pouvoir d'appréciation qui forme la meilleure des garanties contre les abus possibles.

Un honorable sénateur, M. Mazeau, aujourd'hui ministre de la justice, a critiqué la proposition de l'art. 8, qui fait bénéficier de la réduction du stage l'étranger *qui a apporté en France des talents distingués,* comme faisant double emploi avec celle qui la précède immédiatement et qui accorde une dispense semblable

[1] M. Batbie, au Sénat (séance du 8 février 1887).

Digitized by Google

au candidat *qui a rendu des services importants à notre pays;* mais il a été facile à M. le garde des sceaux de démontrer le peu de fondement de ce reproche. Ne peut-il arriver en effet qu'un étranger renommé au dehors pour ses écrits ou pour son enseignement, comme l'infortuné Rossi, sollicite l'adoption de la France ; elle a tout intérêt à lui ouvrir ses portes, sans en avoir reçu le moindre service, mais à raison de ceux qu'il serait appelé à lui rendre dans l'avenir ? Ce candidat illustre, doit-on lui faire acheter la nationalité française par une résidence continuée pendant trois ans sur notre territoire ? Le Sénat ne l'a pas pensé ; il a maintenu la rédaction proposée par sa commission, qui d'ailleurs ne fait que reproduire les termes mêmes de la loi de 1867.

Ajoutons que le texte sénatorial se sépare de la législation en vigueur, en abrégeant aussi la résidence habituellement requise, en faveur de l'étranger qui a épousé une femme française [1]. Bien que cette dernière soit réputée renoncer, par le fait même de son mariage, à sa patrie d'origine, elle ne cesse pas pour cela de l'aimer, et tout porte à croire que l'influence légitime qu'elle saura prendre sur l'esprit de son mari s'exercera dans un sens favorable à la France, vers laquelle celui-ci se trouvera incessamment attiré d'autre part, soit par sa nouvelle famille, soit par l'administration des intérêts matériels dont sa femme lui confie le dépôt. Il est donc juste et conforme à ses sentiments présumés de réduire pour lui la durée du stage ordinaire et de l'admettre à la nationalité française, un an après qu'il aura été autorisé à se fixer parmi nous; l'insertion d'une pareille dispense dans la loi ne présente aucun danger, puisqu'il appartient toujours à l'Etat de répondre par une fin de non recevoir à la demande de naturalisation formée par l'étranger, dans le cas où les résultats de l'enquête préalable lui auraient été contraires.

b. C'est encore par l'effet d'une *naturalisation privilégiée,* que l'enfant d'un ci-devant Français peut lui-même arriver à la nationalité française. L'art. 10 § 2 du Code civil, actuellement

[1] Cf. Constitution du 21 juin 1763, art. 4. — Une disposition analogue nous est présentée par la législation portugaise (V. notre *Traité*, p. 256), par celles de la Confédération argentine (*eod. loc.*, p. 281), du Brésil (p. 284), de l'Espagne (p. 289).

Digitized by Google

en vigueur, l'affranchit, en ces termes, des conditions et des formalités de la naturalisation ordinaire : « Tout enfant né, *en pays étranger*, d'un *Français* qui aurait perdu la qualité de Français, pourra toujours *recouvrer* cette qualité, en remplissant les formalités prescrites par l'art. 9. » Et le texte proposé n'a fait subir à la règle ainsi formulée que des modifications de détail : « Tout enfant, dit le nouvel art. 10, né *en France* ou à l'étranger de parents dont l'*un* a perdu la qualité de Français pourra recouvrer cette qualité à tout âge aux conditions fixées par l'article 9. » De la comparaison de cette disposition avec celle qu'elle doit remplacer, il ressort qu'elle est un peu plus large, au moins en la forme. A s'en tenir à la rédaction présente, l'individu né *en France* d'un père autrefois français devrait être exclu de son bénéfice. En vain dirait-on qu'il n'en a pas besoin, que l'art. 9, en lui permettant de réclamer la nationalité française *jure soli*, lui fait une situation égale, et même supérieure, si l'on admet, avec la Cour de cassation, la rétroactivité de l'option opérée en vertu de ce texte ! Cette option n'est possible aujourd'hui encore que dans la période très courte d'une année à compter de la majorité de l'intéressé, et la proposition elle-même en limite l'expression à sa vingt-deuxième année.

Au contraire le droit de l'enfant né d'un ci-devant Français n'est resserré par aucun délai de rigueur. *A quelque époque que ce soit*, il est admis à déclarer sa volonté de devenir français; et il serait en vérité bien difficile de comprendre que la naissance sur le territoire national, qui est un titre à la faveur de la loi même pour celui dont les parents n'ont jamais été Français, le privât d'un avantage aussi précieux.

La rédaction nouvelle adoptée pour l'art. 10 par le Sénat a répudié cette inconséquence apparente, qu'expliquent d'ailleurs à merveille les travaux préparatoires du Code civil [1].

On avait aussi agité la question de savoir si le bénéfice de l'art. 10 de ce Code peut être invoqué par l'enfant dont la mère a autrefois été française et n'a perdu cette qualité qu'à la suite de son mariage avec un sujet étranger. Bien que la jurisprudence incline vers la négative, se fondant sur ce que l'enfant ne suit pas

[1] V. ci-dessus.

Digitized by Google

la condition de sa mère, mais naît étranger, *jure sanguinis*, comme son père [1], la doctrine adverse nous a toujours paru, ainsi qu'à la plupart des auteurs, devoir être préférée sans hésitation [2]. C'est parce que l'enfant du ci-devant Français a du sang français dans ses veines, parce que les antécédents de son père répondent de ses sentiments d'amour pour la France, que la loi s'est relâchée en sa faveur de ses rigueurs et de ses exigences habituelles : or les mêmes raisons recommandent à sa bienveillance l'enfant dont la mère a été investie dans le passé de la nationalité française. On ne saurait invoquer, pour l'en exclure, les mots « né d'un *Français* », insérés dans l'art. 10. *Genus masculinum amplectitur et femininum.* Quoi qu'il en soit, le texte proposé rendra sur ce point toute controverse impossible à l'avenir, en conférant expressément la naturalisation privilégiée à l'enfant « dont *l'un* des parents a perdu la qualité de Français. » Mais c'est à tort qu'il a cru devoir maintenir, pour caractériser cette naturalisation, le mot *recouvrer*. L'enfant né d'un ci-devant Français n'a jamais été Français lui-même. Comment donc recouvrerait-il une nationalité qui ne lui a jamais appartenu?

Remarquons enfin que le remaniement subi par l'art. 9 exercera son influence sur l'art. 10, puisque ce dernier y renvoie; la solidarité établie entre ces deux textes par le Code civil de 1804 survivra donc à la révision projetée.

La proposition d'abord soumise au Sénat portait abrogation de la loi des 9-15 décembre 1790, par laquelle l'Assemblée constituante avait, dans une pensée de tolérance et de réparation, donné à tous les descendants, *à quelque degré que ce fût*, des Français expatriés pour cause de religion, le moyen d'obtenir la qualité de Français, sans satisfaire aux conditions prescrites par le droit commun de la naturalisation. Mais M. de Presseusé

[1] Paris, 30 juillet 1855 (D. P. 1856, 2, 277); Cass. Belgique, 24 février 1874 (D. P. 1875, 2, 147).

[2] Trib. civ. Seine, 11 février 1855 (D. P. 1856, 2, 276); Bruxelles, 20 janvier 1874 (D. P. 1875, 2, 148); Demolombe, t. I, p. 199; Aubry et Rau, t. I, p. 241; Cogordan, *op. cit.*, p. 72; de Folleville, *op. cit.*, p. 161; Mourlon, dans la *Revue pratique*, 1858, p. 245 et s. Cf. notre *Traité élémentaire de Dr. int. pr.*, p. 136.

Digitized by Google

défendit éloquemment, dans la séance du 15 novembre 1886, les droits menacés de ses coreligionnaires : « Nous ne pouvons pas, dit-il, laisser protester un acte si noble et si grand, et j'ajoute, si juste, de la Révolution française, qui a rendu cette patrie qu'ils n'avaient jamais cessé d'aimer, aux fils des héroïques proscrits de la révocation de l'Edit de Nantes. » Ces paroles rencontrèrent sur tous les bancs du Sénat l'adhésion la plus sympathique, et l'on vit les partis les plus opposés manifester un égal attachement aux idées de tolérance et de pacification religieuse, en votant le maintien de la loi de 1790. Toutefois la faveur témoignée par cette loi aux descendants des religionnaires émigrés a reçu, au cours de la deuxième délibération, quelques restrictions qu'il convient de signaler. Désormais les personnes auxquelles elle s'applique ne pourront plus, par un acte de leur seule volonté, devenir *naturels français;* un décret individuel, que rien n'oblige le gouvernement à rendre, sera toujours nécessaire pour leur conférer la nationalité française; et ce décret ne produira ses effets que dans l'avenir. Ainsi disparition de la naturalisation *collective* et *légale;* disparition de la rétroactivité du changement de patrie; tels sont les caractères qui distingueront la loi nouvelle de celle de 1790.

C. On peut aussi voir une naturalisation de faveur dans l'article 12 du Code civil, dont la proposition a respecté la forme primitive et dont il résulte que « l'étrangère qui aura épousé un Français suivra la condition de son mari. »

La femme étrangère devient française, par le mal fait de son mariage avec un citoyen français; elle le devient de plein droit, en dehors de toute intervention de la puissance publique; elle le devient, même avant sa majorité, lorsque la loi personnelle à laquelle elle ressortit ne retarde pas à cette époque l'âge de sa capacité matrimoniale; enfin elle le devient sans admission à domicile, sans résidence préalable sur le sol français; elle jouit donc, à la faveur de son mariage, de nombreux et importants privilèges pour l'acquisition du droit de cité.

A première vue, l'art. 12 paraît impossible à concilier avec le principe qui fait de la nationalité le résultat d'un libre accord intervenu entre l'État et chacun de ceux qui le composent, mais

Digitized by Google

la contradiction n'est qu'apparente. « Il n'y a pas de mariage, lorsqu'il n'y a pas de consentement. » (C. civ., art. 146). Or la femme qui consent à être l'épouse d'un Français consent en même temps à partager sa nationalité, comme elle partagera désormais son domicile et son nom, tout au moins y a-t-il là une présomption sérieuse de volonté, que la loi est en droit de poser. Mais cette présomption élevée contre la femme étrangère, celle-ci sera-t-elle admise à la combattre, en affirmant son intention de demeurer, même après le mariage, fidèle à l'allégeance de sa patrie d'origine ?

La jurisprudence, et, avec la jurisprudence, la presque unanimité des auteurs tiennent la négative. L'argument principal, nous pouvons dire le seul argument, dont ils s'autorisent se ramène à ceci : le législateur, dit-on, a considéré que l'unité de patrie entre les époux est conforme à la nature du mariage ; or un accord intervenu entre eux ne saurait avoir la puissance d'altérer la nature de leur union, en l'empêchant de produire ses effets les plus importants. Ces effets, au premier rang desquels figure la dénationalisation de la femme étrangère, sont d'*ordre public* et, comme tels, supérieurs à toute convention (C. civ., art. 6 ; art. 1388).

Ce raisonnement ne nous satisfait nullement. N'est-il pas téméraire de prétendre que l'*ordre public* exige impérieusement que le mari et la femme aient une même patrie, que la rupture de cette unité sera fatale au mariage, alors que les tribunaux, la doctrine, le législateur lui-même s'accordent à reconnaître que la naturalisation conférée au mari lui est personnelle, et ne modifie pas, par elle-même, la nationalité antérieurement acquise à la femme ? La proposition elle-même n'associe cette dernière au changement de nationalité obtenu par son mari, que sur sa demande formelle, et, dans tous les cas, ne va pas jusqu'à interdire à la femme mariée d'acquérir, au cours de son mariage, avec l'assentiment de ce mari, une nationalité nouvelle, différente de la sienne. Singulier *ordre public*, dont les prohibitions se limiteraient au seul jour de la cérémonie nuptiale, et pourraient être, dès le lendemain, valablement et régulièrement méconnues, sous l'œil complaisant de la loi ! L'ordre public est donc étranger à la

Digitized by Google

règle écrite dans l'art. 12. Cette règle, inspirée aussi bien par ce que la législation a pensé être l'intérêt du ménage qui se fonde que par l'intention probable de la femme, présume que celle-ci a voulu n'avoir à l'avenir d'autre patrie que celle de son mari. Mais si elle a quelque avantage à demeurer étrangère, si sa dénationalisation doit être, dans son pays natal, la cause de déchéances rigoureuses, entraîner par exemple la confiscation de ses biens, pourquoi ne lui donnerait-on pas la faculté de s'y soustraire? L'intérêt du mari français, celui de ses enfants, qui seront français comme lui, sont d'accord avec l'intérêt de la femme elle-même pour le demander. Nous exprimons le vœu que la Chambre des députés complète le texte voté par le Sénat, par une disposition autorisant la femme étrangère à manifester dans un acte antérieur ou concomitant à la célébration de son mariage avec un citoyen français, soit par une clause du contrat qui la précède, soit par une déclaration reçue par l'officier de l'état civil requis d'y procéder, sa volonté de conserver sa nationalité d'origine.

(*La suite prochainement*). ANDRÉ WEISS.

BIBLIOGRAPHIE.

TRAITÉ DU CONTRAT DE MARIAGE [1],

(Liv. III, titre V du Code civil),

Par M. L. GUILLOUARD,
Avocat, Professeur de Code civil à la Faculté de Droit de Caen.

Compte-rendu par M. P. LOUIS-LUCAS,
Professeur agrégé à la Faculté de Droit de Dijon.

M. Guillouard vient, en publiant l'année dernière le tome second de son *Traité du contrat de mariage*, d'apporter une pierre nouvelle au vaste édifice élevé par le Maître, dont la science porte aujourd'hui le deuil, à notre droit français. Lorsque nous avons présenté aux lecteurs de cette *Revue* le *Traité du contrat de louage* (voy. *Revue critique*, 1886, p. 323 et suiv.), ce fut pour

[1] Tome deuxième, art. 1407 à 1440; 1886, 1 vol. in-8° de 504 p.

Digitized by Google

nous l'heureuse occasion d'écrire qu'en confiant au savant professeur de Caen le soin de terminer son *Cours de Code civil*, M. Demolombe avait fait œuvre d'habileté et donné une fois de plus la mesure de sa haute compétence et de sa profonde sagacité. Si M. Guillouard a consenti à assumer la lourde responsabilité d'une pareille entreprise, c'est que, se sentant la force de la mener à bien, il a compris qu'il était de son devoir de ne point décliner un honneur dont il se savait capable de soutenir tout le poids. Dès l'apparition de son premier ouvrage, le public n'a cessé de lui faire un accueil empressé, qui témoigne suffisamment par lui-même combien il partage le sentiment du regretté Doyen de Caen et jusqu'à quel point il prend plaisir à ratifier, par une approbation unanime, le choix du disciple qu'il a eu le grand mérite et le rare talent de s'associer pour le plus réel profit de tous.

Les espérances que les travaux précédents de M. Guillouard avaient fait concevoir se réalisent pleinement et l'on peut affirmer que le second volume de son *Traité du contrat de mariage* tient, s'il ne les dépasse, les promesses contenues dans le premier.

Un livre du genre de celui-ci, on le conçoit de reste, se prête mal à une appréciation analytique. Il ne peut se dégager de sa lecture attentive qu'une impression d'ensemble ; car, là où il n'y a qu'à louer, il est difficile de choisir. Cette impression, c'est, d'un seul trait, que nous nous trouvons en présence d'une œuvre excellente sur une matière particulièrement délicate et qui exigeait non seulement une grande variété de connaissances, une forte préparation, une science mûre et exacte, mais aussi, et par dessus tout, beaucoup de discernement et de sens droit et sûr. Toutes ces qualités se retrouvent ici à un degré puissant et elles ont l'avantage peu commun de s'allier à une érudition mesurée et de bon aloi, à un art consommé dans l'ordonnancement général, à une méthode irréprochable dans l'agencement et la réglementation du détail, à la rigueur du raisonnement, à une discussion saine, calme et toujours maîtresse d'elle-même, à une doctrine inflexible, à un style enfin dont la limpidité, la force et la fermeté constante trouvent leur plus sérieux appui dans sa

Digitized by Google

simplicité même. Les opinions sont résumées avec soin et discutées avec cette netteté et cette précision dont l'accent d'une conviction sincère a seul le secret. La jurisprudence est envisagée, interrogée et étudiée dans ses traits essentiels; ses arrêts sont passés au crible d'une analyse sévère et réfléchie; les citations sont toujours puisées à la source de l'utile et contribuent à projeter une vive lumière sur le point qui les provoque; de telle sorte que le livre de M. Guillouard s'adresse à la pratique autant qu'à la théorie, et que les amateurs de la première, comme les amis de la seconde, trouvent en lui un guide expérimenté à qui se fier, pour s'aventurer sur les domaines incessamment mobiles de l'une ou pour gravir les aspérités spéculatives de l'autre.

Le meilleur moyen de faire entrevoir les services de tous genres qu'est appelé à rendre l'ouvrage dont nous parlons, est encore, nous semble-t-il, d'en donner un rapide aperçu. Ainsi que son titre l'indique, il est consacré au commentaire des articles 1407 à 1440 du Code civil. C'est révéler par là même aux initiés de notre loi les sujets qui sont successivement abordés. Avec plus de précision, disons que l'auteur a tour à tour envisagé d'une part, l'actif immobilier de la communauté, son passif, de l'autre, enfin l'administration des biens qui en font partie et des biens propres des époux. Cette simple indication suffit déjà à elle seule à laisser entrevoir l'importance et l'attrait qui s'attachent aux thèses développées dans ce volume. Ils apparaîtront dans toute leur clarté, si nous donnons à grands traits l'esquisse des théories multiples qui en forment le contenu.

Le livre s'ouvre par une magistrale dissertation sur les immeubles acquis en échange ou en remploi; sujet aussi ardu que vaste et sur lequel M. Guillouard a eu le talent de répandre beaucoup de jour. Toutes les hypothèses sont prévues et font l'objet d'un examen minutieux. L'histoire y côtoie le présent; la pratique est à chaque pas mise en parallèle avec la théorie; les divers intérêts en jeu trouvent leur satisfaction dans des solutions rationnelles et dont la logique est certes bien faite pour rallier souvent à elles de nombreux partisans. Signalons également les quelques pages de ce chapitre consacrées à la question de savoir comment se prouve la nature de propres ou d'acquêts des immeubles.

Digitized by Google

Les onze paragraphes qui servent d'introduction à l'étude du passif de la communauté sont à méditer. Les données les plus exactes, les idées les plus justes s'y trouvent consignées. Les différentes catégories de dettes sous le régime de la communauté une fois indiquées, le passif *provisoire* et *apparent* est ensuite nettement distingué du passif *réel* et *définitif*, ainsi que le droit *de poursuite* et la *contribution aux dettes*. M. Guillouard excelle à nous montrer que l'expression « passif de communauté » n'implique pas que la communauté soit une personne morale, et à mettre en un relief saisissant l'importance de la question de personnalité de la communauté au point de vue du concours des créanciers de celle-ci et des créanciers de la femme. Puis il traite dans trois sections spéciales, avec une précision des plus remarquables, et avec toute la richesse que comporte l'examen approfondi et sérieux de ces délicates matières, des dettes mobilières dont les époux étaient grevés au moment du mariage, des dettes des successions qui leur échoient au cours du mariage et des dettes contractées par le mari, et, dans certains cas, par la femme. Trois autres sections sont destinées a nous entretenir des charges incombant d'ordinaire aux usufruitiers et des intérêts des dettes personnelles des époux ; — des charges résultant du mariage ; — enfin, des frais de scellés, d'inventaire et de liquidation.

Le chapitre III, le dernier du livre, a trait à l'administration des biens de la communauté et des biens propres des époux. Les pouvoirs du mari sur les biens communs, les engagements par lui contractés au cours de la communauté, l'exercice des actions dirigées au nom de la communauté ou contre elle ; — l'administration des propres de la femme, envisagée au triple point de vue des actes d'administration, des actes d'aliénation, des actions relatives à ces biens ; — les engagements contractés par la femme pendant la communauté, soit avec l'autorisation de justice, soit avec l'autorisation du mari, soit en vertu d'un mandat de ce dernier ; — les récompenses ou indemnités dues aux époux par la communauté, ou à cette dernière par les époux, ou enfin par l'un des époux à l'autre : telles sont, en raccourci et dans leur ensemble, les matières qui ont, dans ce chapitre III, sollicité l'attention de M. Guillouard, et qu'il a su exposer et dérouler de

Digitized by Google

main de maître et avec un art consommé. Nous devons ajouter ici qu'au nombre des controverses multiples qu'il rencontre sur sa route, un sage discernement préside toujours à leur discussion et à leur solution. Le savant professeur s'écarte avec autant de soin des théories inconsidérées, qu'il en met à demeurer sans cesse dans les limites de la juste mesure. Il pousse au plus haut degré le sens de la pondération en toutes choses. Jamais un argument spécieux ou séduisant ne l'éblouit, et la nouveauté d'un paradoxe brillant ou d'une opinion habilement présentée et parfois fortement soutenue, ne suffit à entraîner son adhésion. Avant tout, il raisonne et c'est à la droiture et à la rectitude de son jugement, à sa perspicacité juridique et à la lumière de son bon sens qu'il demande les éléments de ses décisions. Toutes, mûrement pesées et froidement réfléchies, sont le fruit de ses méditations personnelles et c'est de son propre fonds qu'il tire l'argument décisif à ses yeux.

En résumé, nous avons, à tous égards, dans l'œuvre de M. Guillouard, un livre de premier ordre, écrit du style sobre qui convient au jurisconsulte de race, pensé avec la justesse et la sérénité d'esprit qui sont l'apanage du vrai savant. Aussi bien nous plaisons-nous à croire que ce fut pour l'éminent M. Demolombe une suprême consolation, en quittant cette vie, de laisser un héritier de son choix, si digne de recueillir sa succession scientifique, un héritier qui lui permît d'emprunter, en fermant les yeux, la parole du poète : *non omnis moriar*, et qui, revivant le Maître et le continuant, pour ainsi dire, fût capable de tempérer, sans les effacer, les regrets que nous laisse son irréparable perte.

P. LOUIS-LUCAS.

L'Editeur-Gérant : F. PICHON.

Paris. — Impr. F. Pichon, 30, rue de l'Arbalète, et 24, rue Soufflot.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE.

(Année judiciaire 1886-1887),

Par M. E. Wallon, professeur à la Faculté de Droit de Toulouse.

Associations syndicales. — Les associations syndicales autorisées constituent-elles des établissements publics ou seulement des établissements d'utilité publique?

Chapelle. — La prohibition d'ouvrir des chapelles domestiques sans la permission du gouvernement est-elle dépourvue de toute sanction pénale?

Conseil de préfecture. — Le conseil de préfecture est-il compétent pour fixer en dehors de tout litige le sens et la portée d'anciens usages?

Délits électoraux. — Quel est le point de départ de la prescription en matière de délits électoraux?

Excès de pouvoirs. — Le recours pour excès de pouvoirs contre un acte administratif est-il recevable alors qu'une autre voie de recours est ouverte aux citoyens pour échapper à l'application de cet acte?

Presse. — Un failli non réhabilité peut-il être gérant d'un journal?

ASSOCIATIONS SYNDICALES.

Les associations syndicales autorisées constituent-elles des établissements publics ou seulement des établissements d'utilité publique?

La distinction entre les établissements publics et les établissements d'utilité publique est aujourd'hui universellement admise en doctrine et en jurisprudence. Parmi les nombreuses différences qui séparent ces deux catégories d'établissements, nous nous bornerons à rappeler celle visée par l'art. 69 du Code de procédure civile. Daprès ce texte, l'original de l'exploit signifié à un établissement public doit, à peine de nullité, être visé par le représentant de l'établissement. La formalité du visa est, au contraire, inapplicable aux établissements d'utilité publique. L'exploit signifié à une association syndicale autorisée, doit-il être visé par le directeur de l'association? La Cour de cassation saisie de la question l'a résolue, le 1er décembre 1886, dans le sens de la négative, par la raison qu'une pareille association ne constitue pas un établissement public. Cette décision est fort importante, car, depuis la mise en vigueur de la loi du 21 juin

Digitized by Google

1865, la Cour suprême n'avait pas encore été appelée, à notre connaissance du moins, à se prononcer sur la difficulté.

Les auteurs sont très divisés sur ce point. Le doute provient de la situation exceptiounelle faite par la loi de 1865, aux associations syndicales autorisées. Cette loi leur a conféré une partie des avantages dont jouissent les établissements publics. Ainsi, aux termes de son art. 15 « Les taxes ou cotisations sont recouvrées sur des rôles dressés par le syndicat chargé de l'administration de l'association, approuvés, s'il y a lieu, et rendus exécutoires par le préfet. Le recouvrement est fait comme en matière de contributions directes. » D'après l'art. 16, les contestations relatives à la répartition des cotisations et à l'exécution des travaux sont jugées par le Conseil de préfecture. C'est également le Conseil de préfecture qui est compétent pour statuer sur les comptes des syndicats et les questions accessoires. Enfin et surtout, les associations sont investies d'une prérogative refusée aux établissements publics eux-mêmes, du droit de procéder à l'expropriation pour cause d'utilité publique. En présence de ces nombreux privilèges, M. Aucoc [1] pense que « les associations autorisées qui sont des espèces de communes spéciales doivent être considérées comme des établissements publics. » M. Ducrocq [2] estime au contraire que « malgré tous ces caractères exceptionnels qui les rapprochent des établissements publics et auxquels on pourrait se méprendre, les associations syndicales autorisées, ne sont que des établissements d'utilité publique. » Cette dernière opinion est partagée par la Cour suprême. Nous nous y rallions entièrement. Quel est, en effet, le *criterium* de la distinction entre l'établissement public et l'établissement d'utilité publique? La meilleure formule, à notre avis, est celle donnée par l'annotateur de Sirey (Sir. 1886, 1, 437 note). Nous la lui empruntons. « L'établissement public, dit-il est une personne civile ayant une existence distincte et des ressources propres crées pour la gestion d'un service public; il se rattache à l'administration générale, départementale ou communale, et la gestion en est soumise au contrôle de l'État. L'établissement d'utilité publique naît ordi-

[1] *Confér. sur le droit adm.*, 2me édition, t. I, n° 206.

[2] *Cours de droit adm.*, 6me édition, t. II, n° 1574.

Digitized by Google

nairement de l'initiative privée; il s'administre lui-même, il a plus souvent en vue l'intérêt de ses membres que l'intérêt de la société, et la personnalité civile lui est conférée, à cause de l'utilité que généralement il présente pour le public. » Or, les associations syndicales ne sont pas créées pour la gestion d'un service public. Sans doute, elles présentent pour des régions déterminées un caractère incontestable d'utilité publique; mais elles ne se rattachent pas à l'administration générale, départementale ou communale. Elles émanent de l'initiative privée, elles s'administrent elles-mêmes; elles ne représentent, en réalité, que des intérêts privés collectifs; elles ne sont donc pas des établissements publics au sens que nous attribuons à cette expression.

CHAPELLE.

La prohibition d'ouvrir des chapelles domestiques sans la permission du Gouvernement est-elle dépourvue de toute sanction pénale?

L'ouverture des chapelles et oratoires domestiques est réglée par l'art. 44 de la loi du 18 germinal an X et par les art. 1, 2 et 8 du décret du 22 décembre 1812. Ces dispositions sont ainsi conçues : Art. 44 de la loi de germinal : « Les chapelles domestiques, les oratoires particuliers ne peuvent être établis sans une permission expresse du gouvernement accordée sur la demande de l'évêque. » Art. 1er du décret de 1812 : « Les chapelles domestiques et oratoires particuliers dont est mention dans l'art. 44 de la loi du 18 germinal an X et qui n'ont pas été autorisés par un décret, aux termes dudit article, ne seront autorisés que conformément aux dispositions suivantes. » Art. 2 : « Les demandes d'oratoires particuliers pour les hospices, les prisons, les maisons de détention ou de travail, les écoles secondaires ecclésiastiques, les congrégations religieuses, les lycées et colléges, et des chapelles et oratoires domestiques, à la ville ou à la campagne, pour les individus ou les grands établissements et manufactures, seront accordés par nous en notre conseil, sur la demande des évêques. A ces demandes seront jointes les délibérations prises, à cet effet, par les administrateurs des établissements publics, et l'avis des maires et des préfets. » Art. 8 : « Tous les oratoires ou chapelles

Digitized by Google

où le propriétaire voudrait exercer le culte et pour lesquels il ne présenterait pas, dans le délai de six mois, l'autorisation énoncée dans l'art. 1er, seront fermés, à la diligence de nos procureurs près nos Cours et tribunaux, et des préfets, maires et autres officiers de police. »

En dehors de la fermeture de ces chapelles ou oratoires qui est formellement autorisée par l'art. 8 précité, ces divers textes n'ont édicté aucune peine contre ceux qui en méconnaîtraient les prescriptions. D'où s'est agité le point de savoir s'il n'y a pas lieu d'appliquer aux contrevenants la disposition de l'art. 471 n° 15 du Code pénal. La Cour de cassation, appelée à statuer sur la question, l'a résolue négativement dans un arrêt à la date du 23 octobre 1886. Nous ne saurions adhérer à cette opinion.

Si la loi du 18 germinal an X existait seule, nous n'hésiterions pas à partager la solution de la Cour suprême. En effet, l'art. 471 n° 15 du Code pénal est évidemment étranger aux contraventions à des dispositions législatives. Lorsque le législateur qui est tout puissant en matière pénale, n'a attaché aucune sanction pénale à l'inobservation de ses prescriptions (et tel est le cas de l'art. 44 de la loi du 18 germinal an X), les tribunaux ne peuvent certainement pas suppléer à ce silence et emprunter une sanction quelconque à un autre texte de loi. (Voir en ce sens Cass. 11 janvier 1879, Sir. 1879, 1, 140).

Mais la question devient plus délicate lorsqu'il s'agit d'une contravention à un décret réglementaire. Rappelons les termes du n° 15 de l'art. 471. « Seront punis d'amende, depuis un franc jusqu'à cinq francs inclusivement..... ceux qui auront contrevenu aux règlements légalement faits par l'autorité administrative, et ceux qui ne se seront pas conformés aux règlements ou arrêtés publiés par l'autorité municipale, en vertu des articles 3 et 4 titre XI de la loi du 16-24 août 1790 et de l'article 46 titre Ier de la loi du 19-22 juillet 1791. » Ce texte comprend deux dispositions parfaitement distinctes : la première relative aux contraventions aux règlements légalement faits par l'autorité administrative; la seconde se référant aux règlements pris par les maires sur les objets de police confiés par les lois de 1790 et 1791 à la vigilance de l'autorité municipale.

Digitized by Google

Cette seconde disposition ne saurait donner lieu à de sérieuses difficultés; c'est pourquoi nous l'examinons en première ligne. Quoique le législateur n'y parle que des règlements et arrêtés publiés par l'autorité municipale, nous pensons, avec la Cour de cassation, que cette disposition est également applicable aux règlements pris par les préfets ou le chef de l'État sur les matières de police. On ne comprendrait pas, en effet, qu'un règlement de police locale fût mieux protégé qu'un règlement de police générale. Si une distinction devait être faite, c'est plutôt en sens inverse qu'il la faudrait concevoir, car les intérêts auxquels pourvoient les préfets et le chef de l'État sont autrement graves que ceux auxquels l'autorité municipale est appelée à donner satisfaction. Le silence du législateur sur les règlements de police émanés des préfets ou du chef de l'État s'explique par cette considération que les mesures de police rentrent normalement dans les attributions des pouvoirs locaux; la loi a statué *de eo quod plerumque fit*, mais elle n'a pas entendu refuser aux décrets et arrêtés préfectoraux qui interviennent sur ces matières la sanction de l'art. 471 n° 15 du Code pénal. La jurisprudence s'est constamment prononcée en ce sens.

Abordons maintenant la première disposition de notre texte. Des termes généraux dans lesquels elle est conçue, il résulte de la façon la plus positive qu'elle embrasse tous les règlements administratifs de quelque autorité qu'ils émanent, quel que soit leur objet. La pensée du législateur n'est pas douteuse; il attache, d'abord, la sanction de l'art. 471 à l'inobservation de tous les règlements légalement faits; puis, dans la fin du texte, il vise spécialement les règlements pris sur les objets de police. Considérer la seconde disposition comme le développement, l'application de la première, c'est dénaturer complètement le texte. Vainement objecte-t-on que si la première disposition a une portée aussi étendue, la seconde est sans objet et, par conséquent, inutile, car les arrêtés municipaux sont compris dans les règlements visés par le début du paragraphe. — L'objection a été victorieusement réfutée par le savant conseiller au rapport duquel a été rendu l'arrêt du 23 octobre 1886. « Le paragraphe 15 actuel de l'art. 471, di-

Digitized by Google

sait M. Tanon [1], a été introduit dans notre Code lors de la révision de 1832. Antérieurement à cette époque, en l'absence de dispositions spéciales sur la sanction des règlements de l'autorité administrative ou municipale, ou réprimait les infractions à ces règlements en vertu de la loi du 24 août 1790 titre II art. 2 et 5, aux termes de laquelle les contraventeurs de police devaient être punies des peines de police, et on appliquait les peines de police portées aux articles 600 et 606 du Code de brumaire an IV... Lors de la révision du Code pénal, en 1832, on a pensé qu'il convenait de ne plus obliger les tribunaux à recourir, pour la répression des infractions aux arrêtés administratifs ou municipaux, aux prescriptions anciennes de la loi de 1791 et du Code de brumaire an IV, et qu'il y avait lieu d'insérer d'une manière formelle le principe de leur sanction dans la loi; et on a ajouté à l'art. 471 le nouveau paragraphe 15 ». De ce passage, il résulte que le législateur de 1832 en édictant la dernière disposition du paragraphe 15 n'a eu qu'un but : dispenser les tribunaux de recourir aux prescriptions surannées de la loi de 1791 et du Code de brumaire an IV. Mais on ne saurait lui prêter l'intention de restreindre le champ d'application de la première disposition du même paragraphe. Nous concluons donc que la sanction de l'art. 471 est attachée à l'inobservation de tous les règlements administratifs, quel qu'en soit l'objet, à condition qu'ils soient légalement faits. Au surplus, telle paraît être la doctrine de la Cour de cassation; si, dans l'arrêt précité, elle a refusé d'appliquer au contrevenant au décret du 22 décembre 1812, les peines portées par l'art. 471, c'est parce qu'elle a estimé que ce décret n'était pas légalement pris.

Recherchons donc dans quel cas un règlement est *légalement fait*. Laissant de côté les actes émanant des maires ou des préfets, nous nous bornerons à examiner la question quant aux décrets et spécialement quant à celui du 22 décembre 1812.

A l'appui de sa thèse la Cour suprême raisonne ainsi : un règlement du chef du pouvoir exécutif n'est légalement fait, dans le sens de l'art. 471, qu'autant qu'il a été pris en vertu d'une

[1] Journal *Le Droit*, 11 novembre 1886.

Digitized by Google

délégation spéciale de la loi [1]. Or, l'art. 44 de la loi du 18 germinal an X ne contient aucune sorte de délégation; donc, le décret de 1812 n'a pas été légalement rendu et ses prescriptions relatives à l'établissement des chapelles domestiques ne sauraient être sanctionnées par l'art. 471 n° 15.

Cette théorie, qui amoindrit outre mesure le pouvoir règlementaire du chef de l'État, est inadmissible. La plupart des constitutions ont expressément attribué au chef de l'État le pouvoir de faire les règlements et décrets nécessaires pour assurer l'exécution des lois. La constitution du 22 frimaire an VIII, sous l'empire de laquelle a été rendu le décret du 22 décembre 1812, est de ce nombre. Donc, en dehors de toute délégation spéciale, le chef de l'État est investi de l'autorité réglementaire. Cette autorité est inhérente à la puissance exécutive; elle n'a d'autres bornes que celles qu'elle rencontre dans les attributions du pouvoir législatif.

Mais objecte-t-on, si le chef de l'Etat tient de la constitution même son pouvoir de réglementation général, comment expliqués les délégations spéciales qui lui ont été faites par de nombreuses loi ? La réponse est aisée. Dans certains cas, assez rares d'ailleurs, le pouvoir législatif se démet en faveur du pouvoir exécutif d'une partie de ses attributions; il confie au chef de l'Etat le soin de régler quelques points de détail qu'il aurait dû régler lui-même. Dans ces cas une délégation spéciale est nécessaire, car elle a pour effet d'autoriser le chef du pouvoir exécutif à franchir les limites posées par le principe de la séparation des pouvoirs. Mais, le plus souvent les délégations spéciales n'ajoutent rien à l'autorité réglementaire que le chef de l'Etat puise dans la constitution. S'ensuit-il que dans ces dernières hypothèses la délégation soit inutile ? Nous ne le pensons pas : elle présente cet avantage précieux d'éviter les contestations qui pourraient surgir sur le point de savoir si le chef du pouvoir exécutif, dans le règlement pris en vue de l'exécution d'une loi, n'a pas empiété sur le pouvoir législatif.

Toutes ces délégations spéciales contenues dans de nombreuses

[1] Le même raisonnement se retrouve dans une décision de la Cour suprême à la date du 13 décembre 1851 (Sir. 1852, I, 471).

Digitized by Google

lois se justifient donc dans notre système; mais, nous le répétons, une délégation n'est nécessaire qu'autant que le chef de l'Etat voudrait édicter des mesures rentrant dans les attributions législatives.

La question qu'avait à résoudre la Cour de cassation se réduisait donc à la suivante : le chef du pouvoir exécutif, en rendant le décret du 22 décembre 1812, a-t-il fait œuvre législative ? Quelle que soit la difficulté qu'il y ait à tracer d'une manière nette et précise la ligne de démarcation qui sépare le domaine du décret de celui de la la loi, nous ne pensons pas qu'on puisse sérieusement soutenir que le Gouvernement a, dans le décret précité, outrepassé ses pouvoirs. Ce décret n'est en contradiction ni avec le texte ni avec l'esprit de l'art. 44 de la loi du 18 germinal an X; il se borne à édicter de simples mesures d'exécution; il est donc légalement fait; d'où la sanction de l'art. 471 n° 15 du Code pénal doit être attachée à ses prescriptions.

CONSEIL DE PRÉFECTURE.

Le Conseil de préfecture est-il compétent pour fixer, en dehors de tout litige, le sens et la portée d'anciens usages ?

Cett question s'est présentéee devant le Conseil d'Etat dans des circonstances qu'il importe de faire connaître.

En 1879, la ville de Marseille, se fondant sur d'anciens usages, mit les sieurs Gauthier, Raybaud et autres propriétaires en demeure d'avoir à reconstruire les trottoirs existant au devant de leurs immeuble. Cette mise en demeure étant restée sans effet, le maire de Marseille prit un arrêté enjoignant aux propriétaires susnommés d'exécuter les travaux de reconstruction desdits trottoirs. Les sieurs Gauthier et consorts ne tinrent aucun compte de cet arrêté; aussi furent-ils traduits devant le tribunal de simple police de Marseille et condamnés à l'amende et à l'exécution des travaux. Ils interjetèrent appel et le tribunal correctionnel de Marseille les relaxa par ce motif que, les travaux n'ayant pas encore été exécutés, on ne pouvait leur en réclamer le paiement. Sur le pourvoi du ministère public, la Cour suprême cassa le jugement du tribunal correctionnel de Marseille et renvoya la cause et les parties devant le tribunal d'Aix. Devant ce dernier

Digitized by Google

tribunal, les contrevenants prétendirent : 1° qu'en vertu des anciens usages applicables à la ville de Marseille les propriétaires riverains n'étaient pas tenu d'exécuter *eux-mêmes* les travaux de trottoirs ; 2° que les anciens usages ne mettaient à la charge des propriétaires que l'entretien d'une partie du trottoir sur une largeur de quatre pans ou un mètre ; 3° que, d'ailleurs, les frais d'entretien ne leur incombant qu'au cas d'insuffisance des ressources de la commune, il n'y avait pas lieu, dans l'espèce, de leur faire supporter ces frais, car les revenus de la ville de Marseille étaient suffisants pour faire face à ses dépenses obligatoires.

Le tribunal correctionnel d'Aix se reconnut incompétent pour apprécier le bien fondé de ces diverses exceptions, et il sursit à statuer pendant six semaines durant lesquelles les parties devraient porter leur réclamation devant l'autorité compétente pour en connaître.

Les sieurs Gauthier et consorts ont saisi le Conseil de préfecture des Bouches-du-Rhône qui, par un arrêté du 4 novembre 1882, a complétement repoussé leurs prétentions et a, par cela même, affirmé sa compétence. Ils se sont alors pourvu devant le Conseil d'Etat.

Le Conseil d'Etat a eu, tout d'abord, à rechercher si le Conseil de préfecture avait eté valablement saisi par les requérants. Ils s'est prononcé pour la négative et a annulé, le 6 août 1886, l'arrêté du Conseil de préfecture des Bouches du Rhône. Nous approuvons entièrement cette décision. Il est, en effet, de principe, que l'interprétation d'un acte administratif doit être demandée à l'autorité de laquelle émane cet acte, et, s'il s'agit d'anciens usages, à l'autorité qui a été substituée à celle dont l'acte émanait. Or, quels sont les actes dont le sens et la portée étaient contestés ? Ce sont, d'une part, des ordonnances des intendants de Provence, et, d'autre part, le budget de la ville de Marseille. Les ordonnances rendues par les intendants à l'effet d'approuver et de rendre exécutoires les délibérations des corps municipaux en matière de pavage correspondent aux arrêtés pris par les préfets dans des cas analogues ; d'où l'interprétation de ces ordonnances aurait due être demandée au préfet des Bouches-du-Rhône. Quant

Digitized by Google

à la question de savoir si les ressources ordinaires de la ville de Marseille étaient ou non suffisantes pour faire face aux dépenses obligatoires, elle ne pouvait être résolue que par l'examen du budget et des comptes de cette ville. Or, c'est le Président de la République qui règle les budgets et les comptes des communes qui, comme celle de Marseille, ont un revenu supérieur à trois millions; le chef de l'Etat était donc seul compétent pour statuer sur le troisième moyen invoqué par les requérants.

On a objecté, il est vrai, que, dans de nombreux arrêts, le Conseil d'État a reconnu au Conseil de préfecture le droit de se prononcer sur le sens et sur la portée d'anciens usages, d'apprécier la suffisance ou l'insuffisance des revenus ordinaires d'une commune. — L'objection est sans valeur, car les divers arrêts qu'on pourrait citer en ce sens sont intervenus dans des espèces complétement différentes de celle que nous analysons. Dans tous ces arrêts, la question d'interprétation ne faisait pas l'objet d'une demande directe et principale; elle ne se soulevait que sous forme d'exception à l'occasion d'un litige que le Conseil de préfecture avait pleine compétence pour résoudre. On conçoit aisément que le Conseil, étant juge des exceptions soulevées devant lui, puisse, dans ce cas, apprécier, autant qu'il est nécessaire pour la solution du procès, la portée des actes administratifs contestés. L'obliger à surseoir à statuer jusqu'à ce que l'interprétation ait été donnée par l'autorité de qui émane l'acte eût été compliquer inutilement la procédure, retarder sans nécessité la solution du débat et augmenter les frais outre mesure. — Mais ces raisons ne comportent aucune application dans l'hypothèse où la demande d'interprétation est portée devant le Conseil de préfecture en dehors de tout litige. Cette demande équivaut à une demande de consultation, et comme le dit fort justement M. Aucoc [1] « une juridiction ne doit pas être appelée à donner une consultation aux parties qui jugent à propos de la lui demander pour s'éclairer sur leurs droits. » Une seule exception est apportée à cette règle lorsque la demande d'interprétation est formée par un ministre.

Il n'est donc pas douteux que l'arrêté du Conseil de préfecture des Bouches-du-Rhône était entaché d'incompétence. Mais le

[1] *Confér. de droit adm.*, 2me édit., t. I, n° 293.

Digitized by Google

Conseil d'État devra-t-il se borner à annuler l'arrêté et renvoyer les parties devant le chef de l'État et devant le préfet des Bouches-du-Rhône ? Depuis 1872 le Conseil d'État a fréquemment jugé (voir notamment arr. 4 août 1876, Dupuis) que les demandes d'interprétation de décrets doivent être portées directement devant lui au lieu d'être soumises au Président de la République. Par application de cette jurisprudence peut-être critiquable, l'interprétation du budget de la ville de Marseille revenait de droit au Conseil d'État. Quant à la demande d'interprétation des ordonnances des intendants de Provence, elle aurait dû être renvoyée devant le préfet des Bouches-du-Rhône, sauf recours devant le Conseil d'État. Mais comme le préfet avait, dans un rapport fort étendu, fait nettement connaître son opinion, le Conseil d'État a considéré que ce rapport constituait une véritable décision d'interprétation dont il pouvait connaître comme juge d'appel. Sans doute, au point de vue des principes stricts, ce procédé n'est pas d'une régularité absolue, mais il procurait aux parties en cause un avantage inappréciable; il leur évitait une procédure qui n'aurait eu d'autres résultats que d'augmenter les frais et de retarder l'issue du procès ; c'est pourquoi le Conseil d'État a cru pouvoir évoquer l'affaire et statuer sur le fond.

Nous arrivons ainsi aux trois moyens invoqués par les contrevenants.

1° Les propriétaires riverains, disaient-ils, ne sont pas obligés d'exécuter eux-mêmes les travaux de trottoirs. — Ce premier moyen n'était pas recevable; en effet, les ordonnances des intendants de Provence du 5 octobre et du 6 décembre 1782, encore applicables à la Ville de Marseille, portent injonction aux riverains de réparer le pavé, faute de quoi il sera procédé à leurs frais.

2° Ils prétendaient en second lieu, qu'ils n'étaient tenus de réparer les trottoirs que dans les limites de quatre pans ou un mètre en bordure de leurs immeubles. Sur ce point leur prétention était fondée ; aussi a-t-elle été accueillie par le Conseil d'État: « Considérant, porte l'arrêt du 6 août 1886, que les anciens usages de la ville de Marseille spéciaux aux rues pavées en pierre de grès, ne mettent à la charge des propriétaires riverains, que la

Digitized by Google

construction et l'entretien de la moitié des revers, soit quatre pans en bordure de la façade de leurs immeubles; qu'il n'est pas contesté que tous les requérants habitent des rues pavées en pierre de grès; qu'ainsi c'est l'usage particulier applicable à ces rues qui doit déterminer l'étendue de leur obligation quant au pavage. »

3° Le troisième moyen tiré de la suffisance des revenus ordinaires de la ville de Marseille a été rejeté par le Conseil d'État. Il se réduisait à une question de fait; nous nous bornerons donc à transcrire la partie de l'arrêt qui s'y réfère : « Considérant qu'il résulte de l'instruction et notamment des comptes de la ville de Marseille que les ressources ordinaires de ladite Ville pour 1879, ont été insuffisantes pour subvenir aux dépenses ordinaires et aux dépenses obligatoires qu'elles étaient destinées à couvrir; que la ville était donc en droit, par application de l'avis du Conseil d'État précité, de mettre les travaux de pavage à la charge des riverains, conformément aux anciens usages.... ».

DÉLITS ÉLECTORAUX.

Quel est le point de départ de la prescription en matière de délits électoraux?

Cette importante question de droit, dont on ne trouve aucune trace dans les nombreux commentaires de notre législation électorale, a été tranchée pour la première fois, croyons-nous, par la Cour de cassation dans un arrêt à la date du 23 octobre 1886.

Rappelons sommairement les faits.

Le 4 octobre 1885, le département de la Dordogne était appelé, comme tous les autres départements, à élire ses députés. Le résultat du scrutin de la commune de Trélissac (Dordogne) était connu le soir même et immédiatement rendu public conformément à l'art. 31 du décret réglementaire du 2 février 1852. Quant au recensement général des votes prescrit par l'art. 34 du même décret, il n'était terminé que le 14 octobre. Or, le 6 janvier 1886, c'est-à-dire plus de trois mois après le jour où le résultat du scrutin avait été rendu public dans la commune de Trélissac, mais moins de trois mois à partir de la proclamation au chef-lieu du département du résultat définitif des élections, le procureur de la République de Périgueux adressait au juge d'instruction

Digitized by Google

des réquisitions écrites tendant à une information contre le sieur Debrégeas à raison de distributions de bulletins auxquelles celui-ci aurait procédé, étant maire de Trélissac, au cours des mois d'août, septembre et octobre 1885. Ces réquisitions furent suivies d'une instruction régulière sans suspension et, le 26 avril 1886, Debrégeas était assigné devant le tribunal correctionnel de Périgueux, pour avoir commis le délit prévu et puni par les art. 3 et 22 de la loi du 30 novembre 1875. Le prévenu excipa de la prescription de trois mois édictée par l'art. 50 du décret organique du 2 février 1852 ainsi conçu : « L'action publique et l'action civile seront prescrites après trois mois, à partir du jour de la proclamation du résultat de l'élection. » Ce moyen fut accueilli par jugement du 25 mai 1886. Sur l'appel du procureur de la République, la Cour de Bordeaux a confirmé ce jugement par arrêt du 1er juillet 1886 ; mais sur le pourvoi du procureur général de la Cour de Bordeaux, la Cour suprême a, le 23 octobre 1886, cassé l'arrêt qui lui était déféré et renvoyé la cause et le prévenu devant la Cour de Limoges qui, à la date du 30 décembre 1886, a infirmé la décision des premiers juges.

Tout en reconnaissant que la question est délicate, nous nous rallions à la solution de la Cour de cassation et de la Cour de Limoges.

Examinons les considérations qui ont déterminé le tribunal de Périgueux à assigner comme point de départ de la prescription de trois mois le jour où le résultat du scrutin a été rendu public dans chaque commune. Ces considérations peuvent se réduire à trois :

1° En règle générale, sous l'empire de notre législation criminelle, le délai de la prescription court du jour soit du crime, soit du délit. L'auteur du décret de 1852, s'inspirant des idées qui avaient prévalu à l'Assemblée constituante de 1848, a, sans doute, apporté une exception à cette règle, en déclarant que la prescription des délits commis pendant la durée de la période électorale ne commence à courir qu'à partir de l'expiration de cette période, mais l'exception, loin d'être étendue, doit être rigoureusement restreinte; l'auteur du décret a certainement voulu rapprocher le plus possible le point de départ de cette prescription de la

Digitized by Google

perpétration du fait délictueux. — Au surplus, ajoute-t-on, l'article 50 laisse tout au moins place à l'équivoque; en effet, l'expression « proclamation du résultat » employée par ce texte se retrouve dans l'art. 32 du décret réglementaire du 2 février 1852 où il ne s'agit évidemment que d'un résultat partiel. Or, en matière pénale, l'interprétation d'un texte non suffisamment clair et précis doit se faire dans un sens favorable au prévenu ; tout ce qui représente le doute et l'incertitude devient un bénéfice pour ce dernier.

La démonstration n'est pas probante. Sous prétexte de respecter le principe d'après lequel les exceptions sont de droit étroit, le tribunal de Périgueux restreint outre mesure la portée de l'art. 50. En présence de cette disposition le doute n'est pas possible. Comme le dit fort justement la Cour de cassation « Attendu qu'il résulte manifestement de ce texte que le délai de la prescription des crimes et délits électoraux commence à courir non à compter du jour où le résultat du scrutin est rendu public dans chaque commune, mais à partir de celui où la commission composée de trois membres du conseil général a terminé en séance publique le recensement général des votes du département et proclamé députés les candidats qui ont satisfait aux conditions exigées par le législateur; qu'avant ce jour, le résultat du scrutin dans chaque commune a été sans doute rendu public, mais que chacun de ces résultats partiels ne constitue pas l'élection qui procède seulement de l'ensemble des votes émis dans les diverses communes du département..... » Ce considérant enlève toute valeur à l'objection tirée de l'art. 32, et, par suite, la règle que le doute s'interpréte en faveur du prévenu n'est, dans l'espèce, susceptible d'aucune application.

2° La seconde considération invoquée par le tribunal de Périgueux peut se formuler ainsi : on conçoit que le délit de distribution de bulletins électoraux, qui peut consister en un plus ou moins grand nombre d'infractions distinctes s'accomplissant successivement, soit considéré comme constituant un délit unique ; mais la raison se refuse à admettre que ce délit ne commence pas à devenir prescriptible du jour où il ne peut plus être commis; or, à partir du 5 octobre, le prévenu était dans l'impossibi-

Digitized by Google

lité de renouveler l'acte qui lui est reproché, puisqu'il n'y a pas eu de second tour de scrutin dans la Dordogne.

La réponse est aisée. S'il est des délits tels que celui imputé au sieur Debrégeas qui ne peuvent plus être commis après le jour du vote, il en est d'autres, comme le délit d'outrages et de violences qui sont possibles tant que la commission de recensement n'a pas terminé ses opérations. Or, l'art. 50 du décret de 1852 a fixé une date unique servant de point de départ à la prescription de tous les délits électoraux : on ne saurait donc établir une distinction là où le décret ne distingue pas. D'ailleurs, la règle générale posée par l'art. 50 se justifie rationnellement. Tant que la commission de recensement n'a pas proclamé les noms des députés élus, est-il permis d'affirmer que tel délit est devenu impossible? Certainement non. Si un second tour de scrutin est rendu nécessaire parce que les candidats n'ont pas satisfait aux conditions imposées par le législateur, tel délit qui ne pouvait plus être perpétré après le vote redevient possible. On peut peut donc dire que l'ère des infractions en matière électorale n'est close qu'à partir de la proclamation des élus. En conséquence, c'est du jour de cette proclamation que doit commencer la prescription.

3° Enfin, à l'appui de la thèse admise par le tribunal de Périgueux, on a fait valoir une dernière considération. Chaque élection, a-t-on dit, amène des luttes parfois très vives, donne naissance à des polémiques irritantes. Le législateur a voulu que le souvenir de ces luttes et de ces polémiques pût être promptement effacé et que l'apaisement succédât à l'excitation des esprits. Pour que ce résultat soit atteint, il est nécessaire que le point de départ de la prescription soit parfaitement précis et déterminé. Or la commission de recensement peut apporter plus ou moins de célérité dans ses opérations; aucun texte ne l'oblige à terminer ses travaux dans un délai fixé. Si donc il fallait attendre la proclamation du résultat complet de l'élection des députés, le point de départ de la prescription des délits électoraux serait toujours incertain et variable.

Nous répondons que si une certaine latitude est laissée aux commissions de recensement, il n'est pas à craindre qu'elles en

Digitized by Google

abusent. Au surplus, si elles ne sont pas obligées d'avoir terminé leurs travaux à jour fixe, elles doivent du moins se hâter, car, dans l'hypothèse où un second tour de scrutin est nécessaire, ce second tour doit avoir lieu quinze jours après le premier, et les électeurs doivent être avertis en temps utile qu'ils ont un nouveau vote à émettre.

EXCÈS DE POUVOIRS.

Le recours pour excès de pouvoirs contre un acte administratif est-il recevable alors qu'une autre voie de recours est ouverte aux citoyens pour échapper à l'application de cet acte?

Cette difficulté sur laquelle sont intervenues de nombreuses décisions du Conseil d'État a donné lieu à un récent arrêt à la date du 7 août 3886. Dans ce dernier arrêt, le Conseil d'État n'a été appelé à statuer que sur l'hypothèse spéciale où le recours contentieux ordinaire peut être porté devant la juridiction administrative; mais la question est plus générale; elle se pose également lorsque la seconde voie du recours est ouverte devant les tribunaux judiciaires. Nous nous proposons d'examiner la théorie du recours parallèle sous tous ses aspects. Mais avant d'analyser la jurisprudence nous croyons devoir examiner la question au point de vue doctrinal.

La plus grande diversité règne parmi les auteurs. Nous pensons, avec MM. Ducrocq [1], Dufour [2], Rozy [3] et Collet [4] que le recours pour excès de pouvoirs est toujours recevable devant le Conseil d'État, pourvu qu'il soit formé dans les trois mois de la notification de l'acte attaqué.

Cette solution nous paraît seule conforme au principe qui sert de base à cette voie de recours. En effet, le recours pour excès de pouvoirs a moins pour but de donner satisfaction aux simples particuliers que de protéger le gouvernement contre les conséquences des fautes de ses agents. Comme le dit fort justement M. Collet (*loc. cit.*), « l'intérêt privé n'est que secondaire quand il s'agit d'excès de pouvoirs; ce qui est important, c'est d'établir

[1] *Cours de droit adm.*, 5me édit., nos 252 et 253.

[2] *Traité général de droit adm.*, t. I, nos 463 et 721.

[3] *Revue critique*, t. XXXVII, p. 97 et suiv.

[4] *Revue critique*, année 1876, p. 225 et suiv.

Digitized by Google

l'unité dans l'interprétation des lois qui règlent et qui limitent les attributions des fonctionnaires; c'est encore et surtout d'ouvrir une soupape de sûreté à tous les mécontentements et à toutes les colères que provoquent les actes arbitraires. » Il ne suffit donc pas que les particuliers puissent obtenir devant une autre juridiction le redressement des torts qui leur ont été causés, il faut aussi que l'ordre qui a été troublé au sein de l'organisation administrative soit promptement et complétement rétabli. Or, ce dernier résultat ne sera obtenu que lorsque la cause du trouble aura cessé, lorsque l'acte entaché d'excès de pouvoirs aura été annulé et, sauf dans quelques rares exceptions, cette annulation ne peut être prononcée que par le Conseil d'État statuant comme juge des excès de pouvoirs.

Les principes généraux du droit ne s'opposent nullement à la coexistence de deux voies de recours parallèles entre lesquelles le justiciable est libre de choisir. Tout au contraire, la loi offre de nombreuses hypothèses où l'option est expressément accordée aux parties. Nous nous bornerons à rappeler l'art. 3 du Code d'instruction criminelle qui permet au particulier lésé par un fait délictueux de poursuivre la réparation du préjudice causé devant le tribunal correctionnel accessoirement à l'action publique, ou de porter séparément sa demande devant le tribunal civil.

Vainement objecterait-on qu'il est inutile et dangereux d'accorder une double voie de recours, alors que le but poursuivi est identiquement le même. — L'objection ne tend à rien moins qu'à faire le procès au législateur qui, dans l'art. 3, laisse l'option entre deux voies de recours ayant le même objet. Mais, en dehors de cette remarque, il est facile de réfuter péremptoirement l'objection. Il est inexact, en effet, de soutenir que le recours pour excès de pouvoirs fasse double emploi avec les autres voies de recours. Il en diffère profondément quant à son objet, quant à ses conditions d'exercice et quant aux avantages et aux garanties qu'il offre aux justiciables. Par le recours pour excès de pouvoirs, que se propose-t on? L'annulation de l'acte incriminé. Au contraire les autres voies de recours ne tendent pas à la réformation de l'acte; elles ont uniquement pour objet la réparation pécuniaire d'un préjudice. Cette différence en entraîne

Digitized by Google

une seconde non moins importante. Un recours contentieux ordinaire n'est recevable qu'autant qn'un préjudice a eu lieu, tandis que la recevabilité du recours pour excès de pouvoirs n'est pas subordonnée à l'existence d'un préjudice déjà existant; il suffit que ce préjudice soit possible. — Mais, dit-on, tant que le particulier n'est pas lésé, il n'a pas d'intérêt à attaquer l'acte administratif devant le Conseil d'État; or, pas d'intérêt pas d'action; et, du jour où apparaît son intérêt une voie de recours lui est ouverte devant un tribunal administratif ou devant un tribunal judiciaire. — Nous estimons que le particulier a intérêt à obtenir l'annulation de l'acte avant même que cet acte lui soit applicable. Ne vaut-il pas mieux prévenir le préjudice qu'en demander la réparation après sa réalisation? D'ailleurs, les citoyens n'ont-ils pas grand intérêt à ne pas rester sous le coup de craintes ou de préoccupations qui peuvent les gêner dans leur activité journalière ou dans l'exercice de leur industrie? Enfin le recours pour excès de pouvoirs présente aux justiciables des avantages et des garanties que n'offrent pas les autres voies de recours : il peut être introduit sans le ministère d'un avocat et sans autres frais que ceux de timbre et d'enregistrement; il est porté devant des juges dont la haute compétence inspire aux parties une confiance absolue. Il diffère donc profondément des autres modes de recours.

Mais, objecte-t-on, admettre, dans tous les cas, la recevabilité du recours pour excès de pouvoirs c'est substituer ce recours à tous les autres, c'est constituer une juridiction universelle et méconnaître le principe de la répartition des compétences, car les parties intéressées à suivre la procédure rapide et peu coûteuse du recours pour excès de pouvoirs ne manqueront pas d'opter pour cette voie de recours. — L'objection serait concluante si tout acte administratif qui entraine lésion d'un droit était par cela même entaché d'excès de pouvoirs. Or, il n'en est rien. La violation d'un droit n'est pas toujours et nécessairement constitutive d'excès de pouvoirs. Ce point est incontestable et il suffira, pour l'éclairer, de citer un exemple. Un préfet rend exécutoires les rôles pour frais de curage. En agissant ainsi il n'excède certainement pas la limite de ses pouvoirs; néanmoins, il peut

Digitized by Google

violer un droit, notamment s'il impose à un usinier une contribution supérieure à celle que cet usinier devrait supporter. Est-il à craindre que l'usinier forme un recours direct devant le Conseil d'Etat ? Evidemment non, car il ne peut se faire aucune illusion sur le sort de son pourvoi et il ne s'exposera pas gratuitement aux frais même minimes qu'entraînerait le rejet de ce recours. Ce qui est vrai dans cette hypothèse l'est également dans la majorité des cas. Le danger qu'on signale n'est donc pas à redouter.

N'est-ce pas plutôt le système que nous combattons qui conduit à des résultat inacceptables? Poussé jusque dans ses dernières conséquences, ce système aboutit à supprimer dans presque toutes les hypothèses le recours pour exès de pouvoirs ou tout au moins à le dénaturer en le transformant en recours contentieux ordinaire d'appel. En effet, à défaut d'un recours devant un tribunal déterminé par la loi, les parties peuvent porter leur réclamation devant le ministre, juge de droit commun en matière administrative. Il y aura donc toujours un tribunal qu'on devrait saisir avant de se pourvoir devant le Conseil d'Etat. A quels cas s'appliquerait donc ce recours qui dispense de suivre la filière administrative ? A une hypothèse unique, celle où l'acte entaché d'excès de pouvoirs émanerait du ministre lui-même. Est-il possible de restreindre ainsi le recours que l'art. 19 de la loi du 24 mai 1872 a consacré dans les termes les plus généraux ?

Nous ferons enfin valoir, à l'appui de notre solution, une dernière considération tirée de l'état actuel de notre organisation administrative. Depuis 1870, le législateur s'est hardiment engagé dans la voie de la décentralisation; les pouvoirs des autorités locales ont été considérablement augmentés. La conséquence fatale de cette décentralisation a été de rendre le contrôle plus difficile, les abus plus nombreux. La nécessité se fait donc sentir, chaque jour plus impérieuse, de protéger les citoyeus contre ces abus; qus faire pour obtenir ce résultat? rendre de plus en plus facile l'accès du recours pour excès de pouvoirs.

Recherchons maintenant l'état de la jurisprudence sur la question qui nous occupe. La jurisprudence paraît fixée en ce sens que le recours pour excès de pouvoirs n'est jamais recevable

Digitized by Google

lorsqu'il existe une juridiction chargée de connaître de la contestation. Cette théorie est nettement consacrée par de nombreux arrêts. Il nous suffira d'en citer quelques-uns. Le 15 décembre 1875, le Conseil d'État a repoussé par une fin de non recevoir le recours pour excès de pouvoirs formé contre des arrêtés préfectoraux autorisant des extractions de matériaux, par le motif que ces arrêtés ne font pas obstacle à ce que le propriétaire porte son opposition aux arrêtés dont s'agit devant le Conseil de préfecture compétent pour en connaître. Dans l'arrêt Regnault, du 14 janvier 1876, le Conseil d'Etat a décidé que le recours pour excès de pouvoirs ne peut pas être porté directement devant lui contre un arrêté préfectoral autorisant l'établissement d'un atelier insalubre de deuxième classe, par le motif que, aux termes de l'art. 7 du décret du 15 octobre 1810, les oppositions aux arrêtés des préfets doivent en cette matière être portées devant le Conseil de préfecture, sauf appel au Conseil d'Etat. Le 16 janvier 1880, il a été également jugé que le recours pour excés de pouvoirs contre les décisions d'un maire enjoignant à un riverain de construire un trottoir est irrecevable par la raison que le conseil de préfecture est compétent pour statuer sur les réclamations auxquelles peut donner lieu l'application de cet arrêté.

Dans son dernier arrêt du 7 août 1886, le Conseil d'Etat paraît, sinon abandonner complétement sa jurisprudence, du moins y apporter un tempérament qui mérite d'être signalé. Mais pour en saisir toute l'importance, il convient de rappeler sommairement les faits. Le 6 août 1883, le préfet de la Sarthe a pris un arrêt déclarant d'utilité publique dans la ville de la Flèche l'établissement de trottoirs le long de la route nationale n° 138. Or les trottoirs visés par l'arrêté étaient déjà terminés avant la fin de l'année 1882. Les sieurs Besnier, Jourdain et autres à la charge desquels avaient été mis une partie des frais de construction des trottoirs ont attaqué l'arrêté du 6 août 1883, devant le Conseil d'Etat, en alléguant comme griefs : 1° Que l'enquête qui devait précéder les travaux n'ayant été ouverte qu'après leur création, ledit arrêté avait été pris en violation des formes substantielles prescrites par l'ordonnance du 23 août 1835 et la loi du 7 juin

Digitized by Google

1845; 2° que les intéressés n'avaient pas été mis à même de faire un choix entre les diverses espèces de matériaux qui pouvaient être employés; 3° que les trottoirs ayant été établis sur une voie formant le prolongement d'une route nationale, et partant dépendant de la grande voirie, c'est à l'Etat seul qu'incombait la dépense. Sur ces divers moyens le Conseil d'Etat a ainsi statué: « Considérant que la requête des sieurs Besnier, Jourdain et autres tend principalement à l'annulation, pour excès de pouvoirs, de l'arrêté par lequel le préfet de la Sarthe a déclaré d'utilité publique l'établissement de trottoirs le long de la route nationale n° 138, dans la ville de la Flèche; que, dès lors, les sieurs Besnier, Jourdain et autres sont recevables à se pourvoir devant le Conseil d'Etat contre ledit arrêté, par application de l'art. 9 de la loi du 24 mai 1872; considérant qu'il est établi par l'instruction que l'arrêté ci-dessus visé du préfet de la Sarthe, du 6 août 1883, a été rendu postérieurement à l'achèvement des trottoirs dont il déclarait l'utilité publique, et que lesdits trottoirs ont été exécutés sans qu'il ait été procédé préalablement à l'enquête *de commodo et incommodo* prescrite par l'art. 2 de la loi du 7 juin 1845; qu'ainsi l'arrêté attaqué est irrégulier et que les sieurs Besnier, Jourdain et autres sont fondés à demander son annulation; considérant qu'en vertu des dispositions combinées des lois ci-dessus visées, les demandes en décharge ou en réduction des taxes de trottoirs sont de la compétence du Conseil de préfecture; que, dès lors, les requérants ne sont pas recevables à porter directement ce chef de réclamation devant le Conseil d'Etat... »

En ce qui concerne la demande en décharge, cette décision est pleinement conforme à la jurisprudence antérieure du Conseil d'Etat. Mais en ce qui concerne la demande en annulation de l'arrêté pour excès de pouvoirs, le Conseil d'Etat innove. En effet, s'il était resté fidèle à sa doctrine, il aurait également écarté cette demande comme il l'avait fait dans les arrêts Lefèvre (16 janvier 1880) et Godard Bellois (27 février 1880) rendus précisément en matière de taxes de trottoirs. Cette innovation est d'autant plus remarquable que les sieurs Besnier, Jourdain et autres n'avaient allégué aucun intérêt particulier à faire annuler l'arrêté

Digitized by Google

déclaratif d'utilité publique en dehors de la question des taxes. Le Conseil d'Etat abandonne donc en partie une jurisprudence qui paraissait définitivement fixée. De là à la répudier complétement il n'y a qu'un pas.

Au surplus, le Conseil d'Etat admet déjà depuis longtemps une exception à la règle de l'irrecevabilité du recours pour excès de pouvoirs. Lorsque celui qui conteste la légalité d'un arrêté administratif ne peut faire juger cette légalité par l'autorité judiciaire qu'en contrevenant à l'arrêté, et à l'occasion de la poursuite en contravention dirigée contre lui, le Conseil d'Etat décide que le recours direct devant lui est recevable (Voir notamment arr. Billette, 20 décembre 1872). La raison de cette exception est qu'il a paru trop rigoureux d'obliger un particulier à désobéir à l'arrêté, à donner l'exemple de la rébellion, à l'effet de faire juger la légalité dudit arrêt. Si la raison que nous venons d'indiquer est valable dans le cas où la contestation est de la compétence des tribunaux judiciaires, pourquoi ne le serait-elle plus lorsque la connaissance de la réclamation appartient à la juridiction administrative? La situation n'est-elle par la même dans les deux cas? Pourquoi obliger le particulier, auquel un arrêté préfectoral peut occasionner un préjudice, à attendre, pour se plaindre, la réalisation de ce préjudice, alors qu'on l'autorise à demander l'annulation d'un arrêté municipal avant qu'il y ait contrevenu ? Nous n'apercevons pas les motifs de la distinction.

Enfin, dans le cas où l'autorité judiciaire a été saisie parce que la contravention a été commise, le Conseil d'État a admis dans de nombreux arrêts le recevabilité du recours pour excès de pouvoirs (Voir arr. Pariset, 26 novembre 1875; arr. Chardin, 3 août 1877). Comment justifier cette nouvelle exception? Ce ne peut être par la raison précédemment invoquée puisque la contravention avait déjà eu lieu au moment de l'introduction du pourvoi pour excès de pouvoirs.

Ces divers tempéraments apportés par le Conseil d'État à sa doctrine, les nombreuses hésitations qui se manifestent dans d'autres arrêts (Voir notamment arr. Morphy, 14 mars 1884; arr. du Breil de Pontbriand, 4 juin 1886) mettent pleinement en relief le vice de la théorie de la jurisprudence. En effet, entre les

Digitized by Google

deux thèses absolues, il n'y pas place pour une opinion intermédiaire. Apporter une exception à l'un des deux systèmes c'est, qu'on le veuille ou non, se rallier au système contraire. Le Conseil d'État entre timidement dans une nouvelle voie, mais il sera obligé d'aller plus avant. Et nous espérons, avec l'annotateur des arrêts du Conseil d'État (1886, page 728 note), « qu'appliquant un jour plus largement encore le recours pour excès de pouvoirs, il renoncera complétement à la théorie du recours parallèle qui ne saurait s'appuyer ni sur le texte ni même, croyons-nous, sur l'esprit du législateur de 1872, et qui, dès lors, ne peut constituer qu'une jurisprudence arbitraire à laquelle le Conseil d'État devra apporter de nouvelles exceptions qui ne reposeront, comme le principe lui-même, sur aucun fondement juridique. »

PRESSE.

Un failli non réhabilité peut-il être gérant d'un journal?

Le sieur Jouve a été traduit devant le tribunal correctionnel de la Seine pour avoir, étant en état de faillite, signé, comme gérant, le numéro du 21 mars 1886 du journal *Le Soldat Laboureur*. Le tribunal considérant que le prévenu avait contrevenu aux art. 6 et 9 de la loi du 29 juillet 1881 l'a condamné à 50 fr. d'amende. Sur l'appel interjeté par le sieur Jouve, la Cour de Paris a, par un arrêt du 12 juin 1886, infirmé le jugement et renvoyé le prévenu des fins de la poursuite dirigée contre lui. Le procureur général près la Cour d'appel de Paris s'est pourvu en cassation, et, le 17 décembre 1886, la Cour suprême a cassé l'arrêt de la Cour de Paris (Sir. 1887, 1, 189) et renvoyé l'affaire devant la Cour de Caen. Celle-ci, dans un arrêt du 24 mars 1887, s'est prononcée dans le même sens que la Cour de Paris.

La question n'a pas de précédents en jurisprudence et ne laisse pas que d'être délicate.

A l'appui de leur solution, la Cour de Paris et la Cour de Caen ont ainsi raisonné : aux termes de l'art. 6 de la loi de 1881, tout gérant doit remplir quatre conditions; il doit 1° être français; 2° être majeur; 3° avoir la jouissance de ses droits civils; 4° n'être privé de ses droits civiques par aucune condamnation

Digitized by Google

judiciaire. Le sieur Jouve réunissait ces diverses conditions. Il était français, majeur; il avait la jouissance de ses droits civils, car la faillite n'entraîne évidemment pas la perte de cette jouissance; enfin, il n'avait pas été privé de ses droits civiques « par l'effet d'une condamnation judiciaire ». Le failli n'a pas, il est vrai, l'exercice de tous ses droits civiques, mais on ne saurait attribuer au jugement déclaratif de faillite le caractère d'une condamnation judiciaire. Une condamnation suppose l'existence d'un délit et sa répression; or, le commerçant qui a déposé son bilan n'a commis aucune infraction à la loi pénale; le tribunal de commerce ne prononce contre lui aucune peine; il se borne à constater la cessation de sa vie commerciale et à le dessaisir de l'administration de ses biens. Le failli, concluaient donc les Cours de Paris et de Caen, remplit toutes les conditions requises pour pouvoir être gérant d'un journal.

Ce raisonnement est, sans doute, séduisant, mais il n'est pas convaincant. Tout d'abord on pourrait répondre que le jugement déclaratif de faillite est dans une certaine mesure une condamnation judiciaire. N'est-il pas permis, en effet, de qualifier de condamnation la décision qui a pour effet d'interdire au failli l'entrée de la Bourse, de lui refuser l'admission à l'escompte par la Banque de France, de lui enlever la possibilité d'être agent de change ou courtier inscrit, de le rendre incapable d'être électeur, éligible, juré, témoin dans les actes, membre des conseils de prud'hommes, etc.? Comment refuser le caractère de condamnation au jugement en vertu duquel le tribunal peut ordonner « le dépôt de la personne du failli dans la maison d'arrêt pour dettes, ou la garde de sa personne par un officier de police ou de justice, ou un gendarme. » (art. 455 du Code de commerce).

Ce n'est pas tout. Même en admettant que le jugement déclaratif de faillite ne constitue pas une condamnation, au sens juridique du mot, la solution de la Cour de Paris nous paraît devoir être rejetée. Pour déterminer la véritable portée d'un texte, on doit moins s'attacher au sens littéral des expressions enployées qu'à l'esprit de la disposition. Il convient donc de rechercher la signification que le législateur de 1831 a entendu attribuer au terme *condamnation* de l'art. 6.

Digitized by Google

Les débats parlementaires ne fournissent à cet égard aucun éclaircissement, l'art. 6 ayant été voté sans discussion par les assemblées législatives. La seule indication que nous rencontrions sur ce point se trouve dans le rapport de M. Lisbonne à la Chambre des députés. Après avoir déterminé le rôle du gérant et son utilité, le rapporteur s'exprime ainsi : « nous ne changeons rien aux conditions actuellement requises de ceux qui veulent être gérants. » Si cette déclaration n'avait été suivie d'aucune autre explication, le doute ne serait pas possible; en effet, au moment de la mise en délibération de la loi de 1881, la capacité des gérants était régie par la loi du 11 mai 1868, qui exigeait formellement chez les gérants la jouissance des droits politiques, ce qui excluait évidemment les faillis de la gérance. Mais le rapporteur ajoute « ils doivent être français, majeurs, avoir la jouissance de leurs droits civils, et n'être privés de leurs droits politiques par aucune condamnation judiciaire. Or, cette dernière expression ne figure pas dans la loi de 1868, de telle sorte que la commission, après avoir affirmé, par l'organe de son rapporteur, l'intention de ne rien changer aux conditions d'aptitude imposées aux gérants, paraît se contredire puisqu'elle apporte une modification à l'ancien texte. Il s'agit donc de se demander si, en introduisant dans le nouvel art. 6 l'expression « condamnation judiciaire » le législateur de 1881 a eu pour but de relever les faillis de leur incapacité et d'abroger la règle qui l'édictait.

La question ainsi posée, sa solution négative paraît incontestable. Le mot « condamnation » de l'art. 6 a été emprunté à l'art. 1 de la loi du 17 juin 1880 sur le colportage. Or, voici dans quelles circonstances cette expression a trouvé place dans la loi de 1880. Le Sénat s'était d'abord arrêté à la formule suivante : « quiconque voudra exercer la profession de colporteur..... sera tenu de justifier qu'il n'est pas privé de ses droits civils et politiques. » On fit observer que cette formule prêtait à l'équivoque et que la jurisprudence pourrait l'entendre en ce sens que les femmes et les mineurs seraient incapables d'exercer la profession de colporteur. Sur cette observation, le Sénat remania le texte et adopta la rédaction qui se retrouve dans l'art. 1 de la loi de 1880, afin de bien établir que les femmes et mineurs, quoique n'ayant pas la jouissance

Digitized by Google

des droits politiques, auraient la faculté de colporter, à moins qu'ils n'eussent été frappés d'une condamnation qui aurait entraîné pour un homme la privation des droits civils et politiques. Le mot « condamnation » a donc été inséré dans la loi de 1880 uniquement pour placer les femmes et les mineurs au dessus de toute controverse, pour les protéger contre toute équivoque. Mais la condition des faillis n'a, à aucun moment, été mise en cause ; aucune voix ne s'est élevée en leur faveur au sein du Parlement. Le législateur de 1881 s'est évidemment approprié cette expression avec le sens qu'elle avait dans la loi de 1880; le doute est d'autant moins possible que la commission, dans la partie du projet relative au colportage, avait textuellement reproduit les dispositions de la loi de 1880.

Au point de vue rationnel, la décision de la Cour ne Paris est injustifiable. Le législateur est part de cette idée que les intérêts souvent si délicats et si complexes qui se rattachent à la gérance d'un journal ne sauraient être confiés à celui qui a perdu la jouissance de ses droits politiques. « Jaloux d'enseigner aux citoyens la nature et la portée de leurs droits, le journal ne saurait avoir pour organe ceux qui les ont perdus [1]. » La loi fait donc découler l'incapacité d'être gérant de la déchéance des droits politiques. Qu'importe que cette déchéance résulte d'une condamnation judiciaire au sens légal du mot ou d'un jugement? Si l'art. 6 parle de condamnation, c'est parce que la déchéance des droits politiques dérive le plus souvent d'une condamnation, mais il n'a pas entendu exclure les jugements qui pourraient produire un pareil résultat.

Vainement objecte-t-on que le jugement déclaratif de faillite peut interveuir dans des circonstances qui n'ont rien de déshonorant pour celui contre lequel il est prononcé et que le Parlement est actuellement saisi d'un projet de loi tendant à établir des distinctions entre le failli coupable et le failli simplement malheureux. — Il n'en est pas moins vrai que la loi a édicté contre tout failli des incapacités dont il ne peut être relevé que par la réhabilitation et que ces incapacités entraînent comme conséquence inévitable une certaine note d'infamie. Qu'il soit rigoureux d'appliquer toutes ces incapacités au failli de bonne foi, c'est possible ; mais dans l'état actuel de notre législation et de nos mœurs, il

[1] Roussel, *Code général des lois sur la presse*, page 70.

Digitized by Google

est bien évident que le jugement déclaratif de faillite porte une atteinte plus ou moins grave à l'honorabilité du commerçant.

On a tenté, il est vrai, d'établir que, au point de vue des incapacités politiques, le législateur n'a jamais assimilé les faillis aux condamnés. La preuve de la distinction, a-t-on dit, résulte de ce que l'auteur du décret organique du 2 février 1852, après avoir, dans les paragraphes 1 et 2 de l'art. 15, parlé des condamnations prononcées soit par la Cour d'assises, soit par les tribunaux correctionnels, a jugé indispensable de consacrer aux faillis une disposition spéciale, celle du paragraphe 17. — La seule conclusion qu'on puisse tirer du rapprochement de ces divers paragraphes est que les jugements déclaratifs de faillite ne rentrent pas dans les condamnations pénales, mais on ne saurait en induire que, en l'absence d'une condamnation, l'individu qui a été privé de ses droits politiques, conserve l'aptitude à être gérant d'un journal.

Ajoutons que le système de la Cour de Paris conduit à des conséquences véritablement exorbitantes. On sait que, d'après l'art. 43 du Code pénal, les tribunaux correctionnels ne peuvent prononcer l'interdiction totale ou partielle de l'exercice des droits civiques, civils et de famille que lorsque cette interdiction a été autorisée ou ordonnée par une disposition particulière de la loi. Supposons donc un individu condamné à l'emprisonnement pour un de ces délits à raison desquels les tribunaux ne sont pas autorisés à prononcer l'interdiction des droits civiques, il faudra décider que cet individu sera néanmoins apte à être gérant d'un journal. Il est vrai que, d'après l'art. 15 du décret organique de 1852, et d'après l'art. 22 de la loi du 30 novembre 1875, il pourra être privé du droit de vote et d'élection, mais comme il sera privé de ces droits en vertu de la loi et non en vertu d'une condamnation, il ne se trouvera pas dans le cas d'application de l'art. 6 de la loi de 1881. D'où une disposition législative aurait moins d'autorité qu'une décision judiciaire. Qui oserait aller jusque là [1] ?

E. WALLON.

[1] Sur le pourvoi du procureur général de la Cour de Caen, la Cour de cassation a été de nouveaux saisie de la question, et, dans un arrêt du 22 juin 1887 rendu Chambres réunies, elle a persisté dans la solution qu'elle avait admise à la date du 17 décembre 1886.

Digitized by Google

LA PROPOSITION DE LOI SUR LA NATIONALITÉ AU SÉNAT.

Par M. André Weiss, professeur agrégé à la Faculté de droit de Dijon.

(Fin [1]).

III. — *Perte de la nationalité.*

Nul n'est indissolublement lié à la patrie que lui a donnée sa naissance. Le citoyen est toujours maître de dénoncer le contrat qui l'attache à l'Etat, et d'abdiquer sa nationalité, sous les conditions que la loi détermine. Le Code civil ne reconnaît pas aux Français le droit de rompre purement et simplement, par un acte de leur seule volonté, l'allégeance de leur patrie d'origine : il faut, pour qu'ils en soient déliés, qu'à cette volonté nécessaire vienne se joindre tel fait, telle circonstance qui les rende incapables de servir désormais la France avec le dévouement qu'elle réclame de tous ses enfants, ou même indignes du nom de Français. La perte de la nationalité française résulte aujourd'hui :

1° d'une *naturalisation acquise* en pays étranger (C. civ., art. 17, 1°).

2° de l'acceptation non autorisée de fonctions publiques à l'étranger (C. civ., art. 17, 2°);

3° d'un établissement non commercial fait en pays étranger sans esprit de retour (C. civ., art. 17, 3°);

4° de l'affiliation à une armée ou à une corporation militaire étrangère (C. civ., art. 21);

5° du mariage d'une Française avec un étranger (C. civ., art. 19);

6° du commerce et de la possession d'esclaves (D. 27 avril 1848).

De ces six causes de dénationalisation, deux ne se retrouvent pas dans la proposition votée par le Sénat : la perte de la qualité de Français n'est plus attachée, d'une part à l'établissement fait en pays étranger sans esprit de retour, de l'autre au commerce et à la possession d'esclaves.

L'émigration du Français et son séjour prolongé sur la terre étrangère sont le plus souvent nécessités par l'intérêt de sa fa-

[1] V. *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1887, nouvelle série, tome XVI, page 493.

Digitized by Google

mille, par le souci de son avenir scientifique ou professionnel, par l'administration et la réalisation des biens qu'il y possède; mais ces préoccupations, auxquelles il fait peut-être le sacrifice de ses convenances personnelles, n'excluent nullement chez lui l'amour et le regret de la patrie absente. Tant qu'il n'a pas affirmé, par un changement de nationalité demandé et obtenu hors de ses frontières, la volonté bien arrêtée de la répudier, son patriotisme et sa fidélité ne doivent pas être suspectés. D'ailleurs, en dépouillant de son droit de cité le Français émigré qu'aucun autre Etat n'a formellement admis au nombre de ses nationaux, on arrive à faire des *peregrini sine civitate*, des individus sans patrie. Le Sénat, éclairé par cet inconvénient du système actuel, s'est prononcé pour l'abandon de la disposition finale de l'art. 17 du Code civil.

C'est encore la haine de l'*heimathlosat* qui a inspiré l'abrogation du décret du 27 avril 1848, aux termes duquel tout Français, possesseur ou trafiquant d'esclaves, est déchu de sa qualité. On ne saurait donc voir dans cette mesure une réhabilitation de l'esclavage, et M. Batbie a précisé, devant le Sénat, le caractère qu'il convient de lui attribuer. « C'est un principe de droit international, a-t-il dit, que tout individu doit autant que possible avoir une nationalité, avoir une patrie. Les gens sans patrie doivent être considérés comme n'étant pas dans des conditions normales; ils sont dans des conditions très gênantes pour la pratique des affaires, car on ne sait quelle loi leur appliquer. Il faut donc, si on veut réaliser ce principe, écarter, autant que possible, les causes qui font perdre la qualité de Français à des personnes qui n'acquièrent pas, en même temps, la nationalité dans un autre pays. Or si le Français qui a fait le commerce des esclaves perd la qualité de Français par le fait qu'il s'est livré à ce négoce illicite, et n'acquiert pas la nationalité dans un autre pays, il en résulte que l'application du décret de 1848 fait de lui un individu sans patrie. Il n'est plus Français, puisqu'il a perdu la qualité de Français, mais il ne sait plus à quelle loi se rattacher, et, dans la pratique, il y a des difficultés insolubles. En 1848, lorsqu'il s'agissait d'assurer les effets de cette grande mesure de l'abolition de l'esclavage, qu'on ait eu de ces sévérités, on le com-

Digitized by Google

prend. Mais aujourd'hui que l'abolition de l'esclavage a produit ses effets naturels, il y aurait des inconvénients à maintenir le décret de 1848. Cela aurait pour conséquence de faire des individus sans patrie [1]. » Ajoutons qu'à tout événement ce n'est pas à une loi sur la nationalité, mais à la législation pénale qu'il appartient de flétrir l'esclavage, en édictant contre ceux qui le favorisent des châtiments sévères; on ne voit pas d'ailleurs pourquoi ces châtiments iraient jusqu'à la perte de la nationalité, alors que tant d'attentats contre les personnes, aussi coupables et plus coupables que la traite des esclaves, ne sont passibles que de peines relativement légères.

La proposition de loi reproduit, sans y apporter aucun changement, le paragraphe premier de l'art. 19 du Code civil, aux termes duquel « la femme française qui épouse un étranger suit la condition de son mari. » Le seul fait de son mariage avec un regnicole étranger enlève donc à cette femme la nationalité française; mais comme il ne dépend pas de nos lois, en dépit des expressions équivoques de l'art. 19, de lui donner une patrie nouvelle, de l'incorporer dans l'Etat auquel ressortit son mari, il arrivera peut-être que le droit de cité lui soit partout refusé, dans le cas où la loi étrangère n'accueillerait pas celle que la France repousse [2]. Est-il besoin de rappeler que jusqu'en 1844 la législation anglaise conservait à la femme étrangère, devenue l'épouse d'un Anglais, sa nationalité d'origine? Nous sommes surpris que le danger du système actuel, qui condamne une femme française à l'*heimathlosat*, sans qu'elle ait aucun moyen de s'y soustraire, n'ait pas frappé les jurisconsultes éminents qui siègent au Sénat. Il suffirait, pour le prévenir, d'insérer dans la loi française une disposition analogue à celle de l'art. 14 du Code civil italien, qui ne dénationalise la femme italienne, à la suite de son mariage avec un étranger, que dans le cas où la loi dont ce dernier relève lui attribuerait la même patrie [3].

[1] M. Batbie, au Sénat (Séance du 8 février 1887).

[2] Cogordan, *op. cit.*, p. 259; Laurent, *Droit civil international*, t. III, p. 280. Cf. une dissertation de M. G. Colmet-Daâge, dans la *Revue de droit français et étranger*, 1844, t. I, p. 401 et s.

[3] Le décret de chancellerie du 10 juin 1835 permet à la femme autrichienne de se réserver sa nationalité, lors de son mariage avec un sujet étranger.

Digitized by Google

La perte de la nationalité française est encourue, aux termes du nouvel art. 17, 1°, par « le Français *naturalisé* à l'étranger ou par celui qui acquiert, *sur sa demande*, la nationalité étrangère par l'effet de la loi. » Cette disposition est plus large que le texte correspondant du Code civil ; elle concerne, en effet, non plus seulement le Français qui *a acquis*, par un acte de sa volonté, la naturalisation en pays étranger, mais même celui de nos nationaux auquel un gouvernement ou un souverain étranger a spontanément, en dehors de toute démarche, de toute sollicitation, conféré le droit de cité, à raison de ses talents, de la célébrité qu'il a su conquérir, des services qu'il a rendus à l'État ou à l'humanité. Peut-être y a-t-il là quelque exagération de scrupule? Au désir d'éviter la réunion sur une même tête et le conflit de deux nationalités rivales, on sacrifie la règle fondamentale qui subordonne à la volonté de l'intéressé tout changement de patrie.

Mais d'autre part, il convient d'approuver sans réserve la dénationalisation qui frappe, aux termes de la loi projetée, le Français devenu étranger, *sur sa demande*, par le bienfait de la loi. Quelle est, sous l'empire de la législation encore en vigueur, la condition de ce dernier en France? Des débats judiciaires et parlementaires nous en ont fait tout récemment mesurer la précarité.

Un sieur Carlier, né sur le territoire belge de parents français et ayant droit, comme tel, à se prévaloir du bénéfice de l'art. 9 du Code civil, commun à la Belgique et à la France, avait été porté sur le tableau du recrutement français. Après avoir régulièrement affirmé, dans les conditions prévues par la loi, sa volonté de devenir belge, il crut pouvoir demander sa radiation des listes du contingent; mais sa demande a été successivement repoussée par le tribunal civil de Valenciennes [1] et par la Cour d'appel de Douai, dont l'arrêt, rendu à la date du 14 décembre 1881, pose en principe que l'option effectuée en Belgique, conformément à l'art. 9 du Code belge, ne saurait faire obstacle à l'application de l'art. 10 du Code civil français, qui déclare fran-

[1] Jugement du 4 août 1881 (*La Loi* du 26 août).

Digitized by Google

çais *jure sanguinis* l'enfant né à l'étranger d'un père français, et d'autre part est étrangère aux prévisions de l'art. 17, 1°, du même Code, qui fait résulter la perte de la qualité de Français d'une *naturalisation* acquise hors de France [1].

Les tribunaux ayant condamné la prétention de M. Carlier, ce dernier s'adressa aux Chambres. Le Sénat français, saisi de sa pétition, en a ordonné le renvoi au ministre des affaires étrangères, en appelant sur elle toute son attention : et le Parlement belge s'est également occupé, il y a peu de jours, de la situation si intéressante qu'elle révèle : « On mande de Bruxelles, lisons-nous dans le journal *Le Temps* du 19 décembre 1886, que M. de Brouckère, sénateur de Bruxelles, a interpellé le gouvernement pour signaler ce fait qu'un citoyen, né en Belgique de parents français, qui opte pour la nationalité belge et remplit en Belgique ses devoirs militaires, est traité en France comme un réfractaire. M. de Brouckère a insisté pour que la législature, saisie de la convention négociée en 1879, mais non encore approuvée, se prononce à cet égard et que des pourparlers soient repris s'il en est besoin. Le gouvernement, par l'organe des ministres des affaires étrangères et de l'intérieur, a donné des explications sur les diverses phases de la question et s'est déclaré prêt à seconder les vues de la législature, dès qu'elle aura fait connaître son sentiment [2]. »

La convention franco-belge ainsi rappelée recule, dans l'un et l'autre pays, l'époque du tirage au sort pour les individus nés en Belgique de parents français ou en France de parents belges, jusqu'à l'expiration du délai d'option qui leur est ouvert par l'art. 9 du Code civil [3]; mais cette convention, qui depuis

[1] V. Le texte de cet arrêt dans le *Journal du droit international privé*, 1882, p. 416, et les observations de M. Herbaux, dans la *Revue pratique de droit français*, 1882, p. 155. Cf. Cass. 3 août 1871 (Sir. 1871, 1, 200), et 19 août 1874 (*Journal du droit international privé*, 1876, p. 27.

[2] V. le résumé des débats du Parlement belge, dans les *Archives diplomatiques* (livraison de janvier 1887).

[3] Calvo, *Droit international*, t. II, p. 20. Cf. la convention consulaire franco-espagnole du 7 janvier 1862, art. 5 : « Les Espagnols *nés en France*, lesquels, ayant atteint l'âge de vingt ans, seraient compris dans le contin-

Digitized by Google

huit ans attend la sanction des pouvoirs publics, nécessaire à sa mise en vigueur, n'atteindra véritablement son but, nous l'avons dit ailleurs, « qu'autant qu'elle aura été complétée par une clause, aux termes de laquelle la Belgique s'engagerait à reconnaître la validité de l'option pour la nationalité française faite conformément à l'art. 9 par l'enfant né sur notre territoire de parents belges, et la France prendrait un engagement semblable vis-à-vis des individus nés en Belgique de parents français, s'interdisant ainsi toute réclamation pour l'avenir [1]. »

La rédaction nouvelle de l'art. 17, 1°, répond, dans une large mesure, à ce vœu. La France s'engage, unilatéralement il est vrai, mais d'une manière générale, à tenir pour régulière l'option volontairement effectuée, dans les termes de l'art. 9 ou de toute disposition analogue des lois étrangères, par l'enfant né d'un Français en Belgique ou partout ailleurs hors de France, et à le délier en conséquence de l'allégeance française.

Une autre innovation, non moins heureuse, a été empruntée par le législateur français de 1887 aux lois de l'Allemagne et de l'Autriche-Hongrie : elle consiste à subordonner la dénationalisation du Français naturalisé en pays étranger à une autorisation de son gouvernement, dans le cas où, par son âge, il serait encore soumis aux obligations du service militaire dans l'armée active. L'autorisation exigée par l'art. 17, 1°, du texte sénatorial diffère essentiellement d'ailleurs de celle que réclamait le décret draconien du 26 août 1811. Ce décret, dont la légalité constitutionnelle est au moins douteuse [2], et que notre texte abroge expressément

gent militaire, devront produire devant les autorités civiles ou militaires compétentes un certificat établissant qu'ils ont tiré au sort en Espagne. Et réciproquement, les Français *nés en Espagne*, qui y seraient appelés au service militaire, devront, dans le cas où les documents présentés par eux ne paraîtraient pas suffisants pour établir leur origine, fournir l'année suivante aux autorités compétentes, à l'époque du tirage au sort, un certificat constatant qu'ils ont satisfait à la loi du recrutement en France. A défaut de ce document en bonne forme, l'individu désigné par le sort pour le service militaire dans la commune où il est né devra faire partie des contingents de cette commune. »

[1] V. notre *Traité élémentaire de Dr. int. pr.*, p. 92.

[2] Valette, *sur Proudhon*, t. I, p. 182 et s.

Digitized by Google

(art. 7), s'applique à tous les Français, quel que soit leur âge ou leur sexe, qui demandent à un Etat étranger de les admettre au nombre de ses nationaux; mais s'il frappe le Français non autorisé de certaines pénalités, de déchéances rigoureuses, il ne lui conserve pas pour cela la nationalité française; par le fait de l'art. 17, 1°, du Code civil, cette nationalité a cessé d'être la sienne. Aussi la jurisprudence a-t-elle cru devoir venir au secours de la législation, trop indulgente à son gré, et a-t-elle imaginé une théorie singulière, dite de la *fraus legis*, en vertu de laquelle elle tient pour non avenue toute naturalisation sollicitée d'une puissance étrangère, dans le seul dessein de faire échec aux prescriptions de la loi française [1]. Cette pratique arbitraire ne survivra pas, espérons-le, à l'adoption définitive de la loi proposée. Si la Chambre des députés ratifie la décision du Sénat, comme tout porte à le croire, les tribunaux ne pourront refuser de tenir compte de la naturalisation obtenue par un Français en dehors de nos frontières, que dans le cas où l'autorisation gouvernementale est requise et n'aurait pas été accordée; alors, mais alors seulement, le Français sera réputé, au regard de nos lois, être demeuré dans les liens de sa patrie d'origine; et toute enquête judiciaire sur les motifs, parfois complexes et mystérieux, qui l'ont porté à s'expatrier, devient inutile et superflue.

L'acceptation, non autorisée par le gouvernement français, de fonctions publiques d'ordre civil en pays étranger, n'emportera plus à l'avenir, par elle-même, la perte de la qualité de Français. Il faudra de plus que nos nationaux, devenus fonctionnaires étrangers, aient donné la mesure de leurs mauvais sentiments, ou tout au moins de leur désobéissance à l'égard de la patrie française, en refusant de résigner le mandat officiel dont ils sont investis, lorsqu'ils ont été mis en demeure de le faire dans un certain délai, par une sommation du gouvernement français (C. civ., nouv. art. 17, 3°).

C'est à ce dernier en effet qu'il appartient d'apprécier si les devoirs professionnels ou politiques assumés par le Français à l'étranger peuvent être conciliés avec la conservation de sa natio-

[1] Cass. 19 juillet 1875 (D. P. 1876, 1, 5 et s.); Trib. civ. Seine, 8 mars 1884 (*Gaz. des trib.* du 14 mars).

Digitized by Google

nalité d'origine; tant qu'il n'a pas fait connaître sa décision par un acte formel, le Français a pu légitimement croire qu'il n'existe à ce point de vue aucune incompatibilité.

Le Sénat a jugé au contraire, avec raison, que l'acceptation d'un service militaire à l'étranger doit entraîner de prime abord la dénationalisation du Français; son incorporation dans une armée, destinée peut-être à combattre la France, dénote chez lui une absence complète de patriotisme et implique l'abdication de ses devoirs civiques les plus sacrés; il ne peut servir deux maîtres. La règle écrite dans l'art. 21, § 1, du Code civil se trouve donc maintenue, mais, en la reproduisant, l'art. 17, 2°, du texte nouveau n'a pas cru devoir conserver la déchéance qu'elle édicte contre le Français *qui s'affilierait à une corporation étrangère* : la disparition presque complète des ordres de chevalerie enlève en effet à cette déchéance toute sa raison d'être et toute son utilité [1].

IV. — *Réintégration dans la nationalité française.*

La législation en vigueur se préoccupe d'assurer au Français qui a perdu sa nationalité d'origine les moyens de la recouvrer; et ces moyens varient avec le plus ou moins de titres qui le recommandent à la bienveillance de son ancienne patrie. Le Français qui a cessé de l'être par le fait de son incorporation dans une armée étrangère n'est pas, à ce point de vue, mieux traité que l'étranger de naissance; seule une naturalisation, obtenue dans les conditions ordinaires, peut lui rendre le droit de cité qu'il a volontairement répudié (C. civ., art. 21, *in fine*). Au contraire la femme française, que son union avec un regnicole étranger a dénationalisée, redevient française de plein droit, par l'effet d'une simple déclaration, pourvu qu'elle réside en France au jour de la dissolution du mariage. Réside-t-elle à ce mo-

[1] La proposition de loi de M. Boysset, relative à la séparation des Eglises et de l'Etat, à laquelle a adhéré la majorité de la commission de la Chambre des députés, saisie de son examen, prive de la nationalité française les membres des associations religieuses ou syndicats, qui ne se seraient pas rigoureusement renfermés dans leurs attributions spirituelles. Ce serait là, croyons-nous, une sévérité excessive.

Digitized by Google

ment en pays étranger, elle doit en outre avoir obtenu du gouvernement français l'autorisation de rentrer sur le territoire national (C. civ., art. 19 *in fine*). Et cette dernière condition est de rigueur, aux termes de l'art. 18, pour tous les Français qui ont perdu leur qualité, en dehors de l'un des cas précédemment indiqués.

La réintégration est personnelle à celui qui en réclame le bénéfice; elle ne s'étend, dans l'opinion commune, ni à la femme, ni aux enfants du ci-devant Français. Cependant, la loi du 14 février 1882, désireuse de faciliter à ces derniers, *avant l'époque de leur majorité*, l'engagement dans nos armées et l'admission dans nos grandes écoles, leur permet d'opter à tout âge pour la nationalité française, avec l'assistance de leurs représentants légaux, dans le cas où leur père aurait lui-même recouvré cette nationalité, perdue par application de l'art. 17 du Code civil. Quant aux enfants *majeurs*, ils peuvent réclamer la qualité de Français, par une déclaration exprimée au cours de l'année qui suit la réintégration de leur père.

La proposition aujourd'hui soumise à l'adoption de la Chambre des députés n'apporte à ce système que très peu de changements. L'art. 21 est respecté, dans sa forme actuelle : la naturalisation du droit commun continue à être pour le Français, devenu le soldat d'une puissance étrangère, le seul moyen de recouvrer sa nationalité première. Mais d'un autre côté, le nouvel art. 19 n'attache plus aucune importance, en ce qui touche la réintégration de la femme autrefois française, au lieu où elle habite, lors de l'événement qui met fin à son mariage. Soit qu'elle réside en France, soit qu'elle réside en pays étranger, l'autorisation du gouvernement français lui sera désormais nécessaire; mais « dans le cas où le mariage aurait été dissous par la mort du mari, la qualité de Français *pourra* être accordée par le décret de réintégration aux enfants mineurs, *si le tuteur en fait la demande, avec l'approbation du conseil de famille.* » Sans parler des raisons théoriques qui condamnent cette dernière disposition, et sur lesquelles nous n'avons pas à revenir [1], son utilité nous paraît au moins contestable. Ne fera-t-elle pas double

[1] V. ci-dessus.

Digitized by Google

emploi avec l'art. 10 qui admet « tout enfant né en France ou à l'étranger de parents dont l'*un* a perdu la qualité de Français » à réclamer cette qualité aux conditions fixées par l'art. 9? Il ne faut pas l'oublier en effet, la rédaction proposée pour ces articles ne retarde plus à la majorité de l'intéressé l'ouverture du bénéfice qu'ils lui confèrent; *dès avant ses vingt-et-un ans*, il pourra, même contre le gré du gouvernement français, arriver au droit de cité par l'effet d'une simple déclaration; et l'on ne voit pas pourquoi, l'enfant né d'une femme qui a été française, recevrait comme une *faveur*, soumise au bon plaisir du chef de l'Etat, un titre que la loi lui accorde d'autre part comme un *droit*, affranchi dans son exercice de toute intervention gouvernementale. Il existe un défaut d'harmonie évident entre les art. 10 et 19 envisagés[1] dans leur teneur nouvelle; en formulant celui-ci, le Sénat semble avoir perdu le souvenir des modifications déjà reçues par l'autre; son inadvertance veut être réparée, et elle le sera facilement.

La même observation s'applique d'ailleurs à l'art. 18 *in fine*, lorsque, après avoir décidé, conformément au principe déjà consacré dans l'art. 12, que la femme du ci-devant Français peut, sur sa demande, être comprise dans le décret de réintégration obtenu par son mari, il ajoute que la même faveur sera accordée aux enfants mineurs, si le tuteur en fait la demande avec l'approbation du conseil de famille. Ce texte, inspiré par la loi du 14 février 1882, qu'il est destiné à remplacer, n'a aucune raison d'être, en présence des termes généraux de l'art. 10. Personne en effet ne croira qu'il ait entendu déroger au droit commun de cet article, et que le législateur de 1887 ait voulu témoigner plus de bienveillance aux enfants d'un ci-devant Français dont le père ne songe peut-être pas à le redevenir qu'aux enfants de celui qui, par sa demande en réintégration, vient donner à son ancienne patrie la mesure non équivoque des sentiments dans lesquels il a élevé sa famille. Pourquoi le mauvais vouloir d'un ministre pourrait-il refuser à ceux-ci la nationalité que ceux-là tiennent du bienfait de la loi?

Ajoutons que l'art. 18, en réservant au tuteur assisté du conseil de famille le droit de demander, au nom de l'enfant mineur,

Digitized by Google

son admission à la nationalité française, paraît se placer dans l'hypothèse exclusive où la mort de l'un de ses père et mère a donné lieu à la convocation d'un conseil de famille et à la désignation d'un tuteur ; à qui appartiendra-t-il de le représenter, dans le cas où ses deux auteurs sont encore en vie ? Il serait bon de le dire.

Notre étude arrive à sa fin. De l'examen attentif; parfois sévère, auquel nous avons soumis les principales dispositions de la loi votée par le Sénat, se dégage cette conclusion que, malgré quelques imperfections, quelques lacunes, quelques vices de rédaction qu'une discussion nouvelle dans l'autre assemblée fera disparaître, l'œuvre à laquelle M. Batbie a légué son nom réalise un progrès marqué sur la législation antérieure. Sans doute elle est encore loin de répondre, sous sa forme actuelle, à tous les vœux, à tous les *desiderata* de la science ; et il serait présomptueux d'espérer qu'elle rendra désormais impossibles les conflits si délicats que la diversité des lois relatives à la nationalité fait journellement éclore. Seule une entente internationale pourrait en tarir la source. Il serait digne de la France de prendre l'initiative de cette entente désirable, par la réunion d'une conférence diplomatique où seraient jetées les bases d'une loi universelle, concernant la nationalité, les moyens de l'acquérir et de la perdre, et propre à conjurer en tous lieux, par l'adhésion du monde civilisé, le danger, toujours plus menaçant, du cosmopolitisme et du vagabondage international. Les intérêts en jeu seraient-ils moins considérables, l'accord des peuples plus difficile à obtenir en cette matière, que dans le domaine des droits industriels et littéraires ?

ANDRÉ WEISS.

DE LA PUBLICITÉ

EN MATIÈRE D'ÉTAT ET D'INCAPACITÉ DES PERSONNES,

Par M. Raynald PETIET, docteur en droit.

« Quant à la vanité blessée, le législateur « n'a pas à s'en inquiéter.... s'il a des « leçons à donner, ce sont des leçons « de droiture et d'honnêteté. » LAURENT.

L'idée dominante de cette étude est que le régime actuel de

Digitized by Google

publicité est défectueux et que le principe de la réforme actuellement soumise au Parlement mérite approbation et examen.

Chaque législation doit être appropriée aux mœurs de la société qu'elle régit. Notre société moderne se caractérise par la rapidité des communications, par le déplacement incessant des individus, par un mouvement marqué de la population vers les grands centres, où les affaires surgissent, où les mariages se nouent, à la rencontre de personnes qui, le plus souvent, ne se connaissent pas l'une l'autre. Autrefois, l'on vivait là où l'on était né. Dans chaque milieu, on se connaissait de longue date, et tout fait modifiant la condition d'un tel était vite ébruité par la rumeur publique. C'est pourquoi les législations anciennes sont si indifférentes aux questions de publicité, et s'occupent si peu d'éclairer, à l'intention des tiers, la situation sociale des citoyens. Aujourd'hui, en présence de nos remuantes agglomérations d'individualités, étrangères les unes aux autres, et qui ont souvent intérêt à se dissimuler mutuellement leur véritable condition, il faut, si l'on ne veut pas ébranler la confiance et ralentir les transactions, prendre des mesures générales pour que la situation sociale de chacun puisse être connue de tous.

La situation sociale se compose en réalité de trois éléments : l'état, la capacité, le crédit. L'état, c'est l'aptitude à la jouissance des droits sociaux; la capacité, c'est l'aptitude à exercer soi-même les droits dont on a la jouissance; le crédit, ce sont les sûretés réelles qu'on peut offrir pour garantir l'exécution de ses engagements. — La bonne foi publique exige que ces trois qualités constitutives de notre condition soient rendues notoires. Permettre de les tenir secrètes, c'est favoriser le mensonge et le dol. Il faut donc les entourer de publicité.

Par quels moyens? On en conçoit deux, consistant: l'un à répandre, par des annonces officielles, le bruit du fait qui crée ou modifie la condition des personnes, aussitôt qu'il s'est produit; l'autre à enregistrer ce fait sans réclame et à en tenir dorénavant la connaissance à la disposition du public. Le premier moyen a ses avantages. Mais, bon pour compléter le second, il ne saurait le remplacer. La réclame contemporaine du fait ne frappe que ceux qui ont pour lors intérêt à l'apprendre. Sur les

Digitized by Google

autres, c'est-à-dire sur la masse, elle ne fait aucune impression durable. Or les indifférents d'aujourd'hui, demain peuvent être tiers intéressés. Le procédé le plus prévoyant n'est donc pas celui dont les signes s'adressent à tous les yeux, mais disparaissent presque aussitôt exprimés; c'est celui qui permet à quiconque veut, à un moment donné, des renseignements, de trouver une source permanente et sûre de publicité.

L'idée d'établir des registres sur lesquels un fonctionnaire public sera chargé de noter les indications pour les transmettre par la suite à ceux qui en auront besoin, est donc heureuse : elle a inspiré notre système de publicité de l'état et du crédit des personnes. Mais elle n'a pas reçu, en ces matières, une extension convenable; d'autre part, elle n'a pas été appliquée, comme la logique le voulait, en matière d'incapacité.

La loi moderne s'est surtout occupée d'organiser la publicité en vue du crédit fondé sur la propriété immobilière. Le système adopté à cette fin donne des résultats satisfaisants, mais encore incomplets : la publicité n'est obligatoire, ni pour toutes les charges affectant le crédit, puisque certaines hypothèques légales produisent leur effet sans inscription, ni pour toutes les transmissions de propriété, puisque les mutations par succession ou legs restent occultes. Au surplus, les registres des conservations d'hypothèques ne groupent pas les renseignements. Ils ne font connaître le crédit d'une personne que par rapport à tel immeuble déterminé : mais on ne peut pas apprendre, par un coup d'œil jeté sur une seule page du registre, la liste exacte de ses possessions immobilières.

De l'avis d'éminents esprits, tel serait pourtant l'idéal. Rien ne devrait être dissimulé, de ce qui constitue la situation sociale des individus et le bilan des sociétés. L'organisation qui nous tiendrait au courant de la consistance du patrimoine immobilier — et même, si faire se pouvait, mobilier — de toute personne physique ou morale, serait la meilleure.

De quelles réformes notre législation est-elle à ces divers points de vue susceptible? Quelles innovations pourrions-nous emprunter aux législations étrangères, de la Prusse, ou de Brême, par exemple, au système australien de l'Act Torrens, voire à la loi

Digitized by Google

tunisienne du 1er juillet 1885? Nous ne le rechercherons pas. Sauf quelques allusions nécessaires à la publicité du crédit, nous devons concentrer notre examen sur la publicité des deux autres éléments de la personnalité juridique.

En cette matière, notre législation présente des lacunes que divers publicistes ont signalées jadis [1]. Leurs réclamations, longtemps restées sans écho, semblent sur le point de recevoir satisfaction. Deux propositions de loi, tendant à corriger, plus ou moins radicalement, ce que la loi actuelle a de défectueux, ont été récemment déposées par MM. Michelin et Joseph Morel sur le bureau de la Chambre, qui les a prises en considération dans la séance du 28 mai dernier. Elles sont en ce moment élaborées dans les commissions.

La réforme projetée ne laisse pas de soulever quelques objections. Si l'on désire un mode de publicité qui mette en pleine lumière la situation sociale de tous les membres de l'État, on redoute de compliquer les écritures publiques, d'augmenter le personnel de la bureaucratie, d'imposer aux personnes chargées de procéder à la publicité une responsabilité trop lourde. Nous ne prétendons pas apporter ici un modèle de réforme législative. Notre but serait rempli, si nous pouvions appeler, sur cette question d'actualité pratique, l'attention des hommes compétents.

Pour mettre quelque clarté dans l'exposé des réflexions qu'elle nous a suggérées, nous diviserons la matière comme il suit :

Nous commencerons par montrer combien grande est l'utilité d'une publicité effective et complète s'appliquant à tous les faits qui touchent à l'état et à la capacité des personnes. — Nous étudierons ensuite le système de publicité tel qu'il existe actuellement, et nous en montrerons les défauts. — Nous rechercherons enfin de quelles améliorations il est susceptible; le *desideratum* étant de parvenir à condenser sur un même folio la relation de tous les faits en question.

I.

On constate en Europe, depuis un siècle environ, un effort lé-

[1] D'Albiousse, *Rev. prat.*, IX, 457; XIII, 332. — Loir, *ibid.*, XV, 417; XVI, 316.

Digitized by Google

gislatif, dans le but d'assurer la constatation de l'état civil de tous les citoyens sur des registres tenus, non plus par les ministres des différents cultes, mais par des officiers de l'ordre civil. L'Espagne en 1870, l'Angleterre et la Suisse en 1874, l'Allemagne en 1875, sans remonter plus haut, laïcisent ou organisent la tenue des registres de l'état civil.

En France, le Code civil la règle en détail, sur le modèle d'une organisation déjà vieille, dont l'origine cependant ne remonte pas jusqu'à l'époque romaine.

Ni à Rome, ni au Bas-Empire, on ne constate l'existence d'un régime de publicité légale, pas plus en matière d'état [1] qu'en matière d'incapacité ou de crédit [2].

Il ne serait pas sans attrait de suivre, dans les Coutumes et les Ordonnances, le développement de l'idée de publicité. Bornons-nous à indiquer le dernier état de notre ancienne législation.

D'abord, l'état civil des catholiques était constaté sur les registres des paroisses, dont les curés devaient délivrer des extraits à tout requérant [3]. Ensuite, plusieurs faits juridiques modifiant la capacité des personnes, tels que les sentences d'interdiction, les séparations d'habitation et de biens entre époux, étaient révélés au moyen de publications faites aux audiences, au prône ou dans les marchés [4]. Notons enfin, dans l'ordre du crédit réel, les pratiques des pays de nantissement, relatives à la publicité des transmissions d'immeubles ou des constitutions d'hypothèque.

Pendant la période intermédiaire, le principe reçoit plusieurs applications extensives : d'une part, à compter de 1792, l'état civil de tous les citoyens, sans distinction de religion, est constaté au moyen de registres municipaux ; d'autre part, en brumaire

[1] Il y eut sous les Antonins et sous Justinien quelques tentatives pour faire constater les mariages et les naissances sur des registres publics. Mais elles restèrent infructueuses. Voir, pour le mariage en particulier le *Précis* de M. Accarias, t. I, n° 81 et les notes.

[2] On sait que les transmissions de propriété et les constitutions d'hypothèque restaient occultes. Mais l'insinuation des donations paraît bien avoir été prescrite par les empereurs dans un but de publicité. Accarias, I, n° 304.

[3] V. le titre 20 de l'Ordonnance de 1667.

[4] Pothier, *Tr. de la communauté*, n° 517.

Digitized by Google

an VII, on organise la publicité des transmissions entre-vifs immobilières, et des constitutions d'hypothèque.

Les rédacteurs du Code ont reculé devant l'application intégrale du système intermédiaire : ils ont prescrit la publicité des donations immobilières et des substitutions, mais non celle des contrats à titre onéreux translatifs de droits réels immobiliers. Le Code a été complété par deux lois célèbres : l'une du 10 juillet 1850, qui ordonne la publicité des contrats de mariage; l'autre, du 23 mars 1855 qui remet en vigueur le système de brumaire, en le perfectionnant. Voilà, rapidement esquissée, l'histoire des progrès de l'idée de publicité. Le travail législatif, que nous constatons en France et dans les autres pays n'indique-t-il pas qu'on a reconnu, en fait, la nécessité de rendre notoires les faits constitutifs de la personnalité juridique?

L'analyse confirme les données de l'expérience, et montre qu'un bon système de publicité satisfait à un double intérêt du public : un intérêt pécuniaire, un intérêt moral.

L'intérêt pécuniaire est facile à dégager. Prenons l'exemple le plus topique. Un tiers se trouve, sans le savoir, en relation d'affaires avec un incapable, qui, se déclarant maître de ses droits, lui propose de lui vendre un immeuble. La vente sera-t-elle valable? Non, elle sera entachée d'un vice : après avoir touché et dissipé le prix, ce mineur, cette femme mariée, cet interdit, pourront demander la nullité du contrat passé sans les formalités et autorisations requises (art. 1125, C. civ.). Les tiers excideraient en vain de leur ignorance (art. 1307, C. civ.). On voit combien il leur importe d'avoir à leur disposition une source sûre de renseignements.

Il y a plus. Toute incapacité est ordinairement accompagnée d'une translation de pouvoirs au profit du représentant de l'incapable. Une publicité convenable du mariage et du contrat, avertissant les tiers, non-seulement de l'incapacité de la femme, mais encore des pouvoirs du mari, et par là, de l'existence d'une hypothèque légale grevant les biens de ce dernier, le préviendrait contre les dangers de cette hypothèque occulte. Une publicité effective de la tutelle révèlerait le nom du tuteur, et l'existence éventuelle de l'hypothèque légale du pupille.

Digitized by Google

Passons à l'intérêt moral. La publicité sert à rendre inattaquable l'état des personnes, en contribuant (*fama*) à donner la possession d'état aux personnes déjà munies du titre de leur filiation (art. 322, C. civ.). Les pièces des dépôts publics, tout en servant, dans le présent, de preuve entre les tiers et l'individu dont l'état sera contesté, aideront, dans l'avenir, à établir les généalogies [1].

L'intérêt moral qu'on peut avoir à connaître la situation sociale d'une personne se manifeste encore en matière de mariage. Ici, le défaut ou l'insuffisance de publicité peut entraîner des erreurs irréparables. Cela favorise le calcul d'individus assez entreprenants pour s'allier à plusieurs conjoints à la fois, et braver les peines édictées contre les bigames. Une publicité effective de l'état d'époux rendrait au contraire la bigamie impossible. Elle préviendrait également, en dévoilant certaines dissimulations, des erreurs de nature à ébranler l'institution du mariage. Je m'explique : une jeune fille épouse un homme qui s'est dit faussement maître de la jouissance et de l'exercice de ses droits. Elle n'apprend la vérité qu'après le mariage. Cette découverte amènera pour le moins des mécomptes, des reproches, une mésintelligence entre les conjoints, un mépris de la femme pour le mari dont la situation sociale n'est pas celle qu'il s'était vanté d'avoir, une rupture de cette harmonie domestique, faite d'estime et de confiance réciproque, qui est la condition du bonheur. Bien plus, la dissimulation sera peut-être considérée comme une injure grave, sur le fondement de laquelle le conjoint trompé demandera la séparation ou le divorce. L'erreur peut même avoir été telle que le conjoint qui l'a subie soit en droit de demander la nullité du mariage pour erreur dans la personne (art. 180, C. civ.).

Pour que l'action soit recevable, faut-il que l'erreur ait porté sur l'identité même, physique ou juridique, de la personne, ou suffit-il qu'elle porte sur les conditions substantielles, constitutives de la personne civile? Sans discuter ici cette grave contro-

[1] N'est-ce pas dans ce but que s'est établi, dans les municipalités parisiennes, l'usage de délivrer aux époux, au moment de la célébration du mariage, un livret de famille, destiné à être rempli, plus tard, par les noms des enfants ?

Digitized by Google

verse, nous indiquerons une distinction qui nous paraît s'imposer selon que l'erreur a porté sur l'état proprement dit, ou sur la capacité de l'autre conjoint. L'erreur sur la *capacité* ne saurait être une cause de nullité du mariage, car la personne dont on découvre l'incapacité n'est frappée de déchéance, ni dans la réalité, ni dans l'opinion : elle conserve la jouissance de tous ses droits civils, et elle en a l'exercice par l'intermédiaire de son représentant. Mais l'erreur sur l'*état civil* suppose, non seulement un déplacement dans l'exercice, mais une déchéance dans la jouissance même des droits. L'état civil nous paraît dépendre essentiellement de l'aptitude à la jouissance des droits sociaux, que la loi reconnaît à la personne, comme membre de l'Etat, et comme membre d'une famille. Dès lors, quand un individu appartient à une autre nationalité [1], à une autre famille que celle qu'il a présentée comme sienne, ou lorsqu'il a perdu, par suite d'une condamnation emportant dégradation civique, la *jouissance* même de ces droits qui donnent à l'homme sa dignité et dont la privation constitue une déchéance, il y a, entre son état simulé et son état réel, une différence qui se traduit par un changement dans la personne, puisque l'état civil en est par excellence une qualité constitutive. La personne n'est plus entière comme elle l'était aux yeux du conjoint, elle se trouve en réalité différente, amoindrie, déchue. L'erreur de ce conjoint nous paraît donc vraiment une erreur dans la personne, sauf au juge à apprécier en fait si la considération de la personne juridique a été déterminante.

A quelque opinion que l'on se range, on reconnaîtra qu'il est éminemment utile que les futurs conjoints trouvent, avant de s'unir, à leur portée, un moyen sûr de s'éclairer mutuellement sur leur état et sur leur capacité. Grâce à la publicité, on démasque la mauvaise foi, on évite les malentendus inquiétants pour l'avenir, on épargne aux familles l'amertume de ces drames intimes qui, lorsqu'ils ne se dénouent pas par une action en nullité de mariage, brisent tout lien d'affection entre deux êtres dont l'un ne regarde plus l'autre comme restant digne de lui.

[1] La jurisprudence italienne paraît fixée dans le sens indiqué au texte. V. un arrêt de la Cour de cassation de Turin, du 21 juillet 1883, Sirey, 1886. IV, 1; et la note de M. Chavegrin.

Digitized by Google

II.

Nous avons montré l'utilité d'une publicité idéale, virtuellement réalisée par des procédés parfaits. Examinons maintenant si la loi positive réalise cet idéal, si les procédés qu'elle emploie projettent une publicité suffisante. Pour exposer clairement le droit en vigueur, nous rechercherons successivement : 1° quels sont les modes de publicité employés tant pour l'état que pour les différentes incapacités; 2° quelle est entre la personne et les tiers, la conséquence du défaut de publicité de l'incapacité ou de l'état; 3° quelles sont les responsabilités encourues, dans les cas où la publicité n'a pas eu lieu.

A. — Les registres de l'état civil assurent la preuve et, dans une certaine mesure, la publicité des trois circonstances (naissance, mariage, décès) qui constituent ou modifient l'état des personnes. Tout le monde peut s'en faire délivrer des extraits, qui ont la même force probante que l'original (art. 45, C. civ.).

L'acte de naissance doit énoncer le jour, l'heure et le lieu de la naissance, le sexe de l'enfant, les prénoms qui lui seront donnés : voilà pour caractériser l'individualité du nouveau-né. Il énonce en outre les prénoms, noms, profession et domicile des père et mère : voilà pour faire connaître les auteurs de l'enfant, ou sa filiation, élément constitutif de son état (art. 57, C. c.). L'acte de naissance apparaît donc comme un titre authentique destiné à établir la filiation de chaque personne à l'égard des tiers. Il fait preuve de la filiation légitime (art. 319, C. c.). Il fait preuve de la filiation naturelle lorsqu'il contient la reconnais- des auteurs de l'enfant, ou de l'un d'eux (art. 334, C. c.). A défaut de reconnaissance, il ne fait preuve ni de la paternité ni de la maternité, le nom de la mère y fût-il mentionné.

Si la reconnaissance est faite plus tard, par devant l'officier de l'état civil, l'art. 62, C. c., décide que l'acte de reconnaissance sera inscrit sur les registres, à sa date, et qu'il en sera fait mention en marge de l'acte de naissance, s'il en existe un.

La loi veut donc que l'acte de naissance contienne, autant que possible, toutes les indications servant à fixer la filiation naturelle de l'enfant. Nous déduirons deux conséquences de cette

Digitized by Google

remarque : 1° lorsqu'une reconnaissance est faite par acte notarié, elle devrait être aussitôt mentionnée en marge de l'acte de naissance, ce qui n'a pas lieu en pratique ; 2° il paraît conforme à l'esprit de la loi de décider, contrairement à une opinion répandue, que l'officier de l'état civil, en l'absence de toute reconnaissance, peut et même doit insérer dans l'acte de naissance, autant que faire se pourra, le nom de la mère naturelle. Cette indication sera utile aux tiers, puisque l'acte leur apprendra la filiation probable de l'enfant ; elle sera précieuse à l'enfant, en ce qu'elle lui fournira un point de repaire pour suivre les traces de sa mère.

La filiation adoptive doit aussi recevoir publicité par la voie des registres de l'état civil. Remarquons que l'inscription est simplement faite à la date, sur le registre du lieu où l'adoptant est domicilié. L'art. 359 C. c. n'exige pas, comme l'art. 62, qu'il en soit fait mention en marge de l'acte de naissance de l'intéressé.

Si l'acte de naissance fait en général connaître la filiation de l'enfant, il ne contient aucun renseignement relatif à sa nationalité. Aujourd'hui la nationalité ne dérive plus, comme autrefois, du fait de la naissance en France. Pour être français, il faut être né de parents français. L'art. 57, C. c., devrait exiger l'indication, dans l'acte, de la nationalité des père et mère. La naturalisation d'un étranger, l'acquisition par un enfant, né en France de parents étrangers, de la qualité de français aux termes de l'art. 9, C. c., ne sont pas non plus mentionnées sur les registres de l'état civil. Il serait facile de combler ces lacunes.

L'état des personnes se trouve modifié par le mariage, et à l'inverse, l'état d'époux se trouve modifié par le divorce. Le mariage est constaté par l'acte de célébration (art. 75, C. civ.) qui énonce les prénoms, noms, profession, âge, lieu de naissance et domicile des époux (art. 76). Connaissant l'acte de mariage, il est facile de se procurer l'acte de naissance des conjoints. Mais la publicité actuelle encourt ici un grave reproche. La loi l'organise comme si elle partait de l'idée que les tiers connaissent le fait du mariage, le lieu où il a été célébré, et n'ont besoin que des renseignements contenus dans l'acte de mariage. Nous recon-

Digitized by Google

naissons que, dans la plupart des cas, les conjoints auront la possession d'état d'époux, et qu'il sera facile aux tiers d'apprendre, par les époux eux-mêmes, en quelle localité a été rédigé l'acte de célébration. Mais on voit, surtout dans les grandes villes, des époux vivre séparés de fait. Que l'un d'eux veuille dissimuler son état d'époux et se faire passer pour célibataire, il se gardera bien d'indiquer aux tiers qu'il veut tromper l'endroit où a été enregistré l'acte de mariage. Si la célébration a eu lieu, non au domicile actuel de l'époux, mais, par exemple, dans la commune où était domicilié l'époux qui reste dans l'ombre, les tiers, faute de pouvoir découvrir l'acte qui la constate, perdu qu'il est dans les registres d'une commune inconnue, sont dans l'impossibilité d'apprendre la vérité.

En cas de divorce, le jugement ou l'arrêt qui le prononce doit être transcrit sur les registres du lieu où le mariage a été célébré; et mention de la sentence doit être faite en marge de l'acte de mariage (art. 251, C. civ.). Cette disposition, qui est une innovation de la loi du 18 avril 1886, constitue un progrès dans le sens de la publicité, puisque l'acte même de célébration avertira les tiers de la dissolution du mariage.

Quant à l'acte de décès, il est dressé dans la localité où la personne s'est éteinte. Cet acte restera lettre morte pour les tiers qui, ayant perdu de vue l'individu aujourd'hui décédé, ne savent pas s'il existe encore. Un aventurier pourrait assez facilement usurper l'état d'une personne décédée au loin, se faire passer pour elle et abuser des tiers.

Le procédé de publicité par enregistrement reçoit donc actuellement une application défectueuse. Les faits dont l'état civil dépend sont notés sur les registres au jour le jour, et dans la commune où ils se produisent matériellement; aucun lien n'existe entre les registres des différentes communes, ni entre les actes constatant les mutations d'état d'une même personne. Le mode actuel de publicité, utile pour ceux qui, sachant où s'est produit un événement, veulent s'en procurer la preuve, est inutile pour ceux qui ignorent si tel événement a ou n'a pas eu lieu, et voudraient en être informés.

Arrivons aux actes juridiques qui modifient la capacité des

Digitized by Google

personnes. Le procédé ici en vigueur est tout différent de celui que nous avons rencontré jusqu'à présent. Tandis que, pour l'état et le crédit, la loi ne cherche pas à ébruiter le fait, mais se borne à l'enregistrer à l'intention des tiers qui viendront à l'information, au contraire elle ne consigne pas le fait générateur de l'incapacité sur un registre ouvert à tous, elle se contente de le rendre immédiatement notoire, au moyen d'affiches et d'annonces dans les journaux. Etudions en détail le fonctionnement de ce mode de publicité.

D'après leur but, les incapacités se divisent en deux catégories : les incapacités pénales, les incapacités de protection.

Les incapacités pénales sont celles dont sont frappés les condamnés à une peine criminelle. Elles consistent dans l'interdiction légale, dans la dégradation civique [1], et pour les condamnés à une peine afflictive perpétuelle, dans l'incapacité de donner et recevoir à titre gratuit. Elles sont publiées par l'affiche d'un placard imprimé, contenant un extrait de l'arrêt de condamnation (art. 36, C. pén.), qui doit être apposée dans un certain nombre de localités, notamment dans la commune où le condamné avait son domicile.

Les incapacités de protection sont celles dont la loi frappe certaines personnes dans leur propre intérêt. Elles ne sont pas toutes publiées de la même façon.

D'abord, pour les mineurs et pour les femmes mariées, la publicité de l'incapacité se confond, dans une certaine mesure, avec celle de l'état civil.

Sauf ce qui a trait à la tutelle, il n'est pas grand besoin de publier spécialement l'incapacité du mineur. Elle se révèle toute seule : la jeunesse même de la personne met les tiers en garde. En cas de doute, ils n'ont qu'à vérifier son âge, au moyen de l'acte de naissance. L'émancipation, d'où découle pour le mineur une certaine capacité, n'est pas rendue publique par voie d'affiches. En ce cas non plus, d'ailleurs, une publicité spéciale n'est pas très-nécessaire. L'émancipé ne manquera pas de faire

[1] La dégradation civique a ceci de particulier, nous l'avons vu, qu'elle affecte non-seulement l'exercice, mais la jouissance de certains droits. Elle modifie par là l'état civil lui-même.

Digitized by Google

connaître aux tiers sa capacité nouvelle, et, en cas de doute de leur part, il produira son acte de mariage, ou il le renverra au greffe de la justice de paix où a eu lieu l'émancipation. — Notons une exception relative au mineur commerçant. L'art. 2, C. com., ordonne d'afficher au tribunal de commerce l'acte d'émancipation.

L'incapacité de la femme mariée, telle qu'elle existe d'après le droit commun (art. 215 et 217, C. civ.) n'est pas révélée davantage aux tiers par une publicité *ad hoc*. On considère que la possession d'état de femme mariée, corroborée par l'acte de mariage, suffit pour leur faire savoir, nul n'étant censé ignorer la loi, que la femme est incapable de passer des actes judiciaires ou extrajudiciaires, sans l'autorisation de son mari. Là encore, la loi part de l'idée que les tiers connaissent l'existence du mariage. Or, cette publicité virtuelle de l'incapacité, dont la loi se contente en toute occasion, ne se conçoit pas pour les femmes qui vivent séparées de leur mari, et qui, s'étant retirées du domicile conjugal, se font passer pour n'être pas mariées. En pareil cas, les tiers n'ont pas de moyen légal d'information, et ceux qui contractent avec elles restent sous la menace d'une action en nullité. Au surplus, l'ignorance des tiers, au sujet de l'incapacité de la femme, provient alors de ce qu'ils ne sont pas à même de connaître son état d'épouse. La critique que nous sommes amené à formuler ici contre le système actuel rentre donc dans un ordre d'idées déjà exposé.

Il reste à envisager les cas où l'incapacité de la femme, telle qu'elle résulte du droit commun, se trouve renforcée par un contrat de mariage stipulant la dotalité de tout ou partie des biens de la femme. Elle est alors incapable d'aliéner les biens constitués en dot, et de s'obliger sur ces biens, même avec l'autorisation du mari.

Jusqu'en 1850, le législateur ne prenait aucune mesure pour informer les tiers des clauses d'inaliénabilité que pouvait contenir le contrat, et de l'incapacité particulière qui en résultait. Dans la seule hypothèse où l'un des époux était commerçant au moment du mariage, le Code de commerce ordonnait l'affiche d'un extrait du contrat, au greffe du tribunal de commerce, et

Digitized by Google

aux chambres de commerce de l'arrondissement (art. 67, 69, C. com.; 872, Pr.). Hors ce cas, les conventions matrimoniales restaient occultes. On sait à quelles fraudes prêtait cette lacune de notre législation. La loi du 10 juillet 1850 est venue y couper court.

Il est à remarquer que le procédé qu'elle adopte n'est pas emprunté au Code de commerce. La publicité est donnée, non par voie d'affiches, mais par la voie des registres de l'état civil (art. 1391, C. civ.). Le maire interpelle les époux, au moment de la célébration, sur le point de savoir s'il y a eu contrat de mariage. Il mentionne leur réponse dans l'acte de célébration, et, si elle est affirmative, il énonce les noms et domicile du notaire qui a rédigé le contrat.

Pour louable que soit cette réforme, il est permis de se demander si elle est assez radicale. Les tiers savent, par l'acte de célébration, qu'il y a un contrat, mais ils n'apprennent pas pour autant s'il contient l'adoption du régime dotal. Le notaire, dont l'acte leur donne l'adresse, est en droit de leur refuser communication de la minute du contrat. La publicité prescrite par le Code de commerce est plus effective; elle les met au courant des clauses principales. — D'autre part, est-ce que la publicité ordonnée par l'art. 1391, ne sera pas quelquefois trop tardive ? Voici pourquoi nous émettons ce doute. La publicité exigée par la loi de 1850 date du jour de la célébration du mariage. Or elle devrait avoir lieu, semble-t-il, du jour même de la passation du contrat de mariage, pour prévenir à temps les tiers qui traitent avec l'un ou l'autre des futurs époux, dans l'intervalle entre le contrat et la célébration. Le principe qui se dégage d'un grand nombre de décisions de la jurisprudence est en effet que les conventions matrimoniales, conditionnelles par leur nature, produisent leurs effets, si le mariage s'ensuit, à la date du jour où elles sont rédigées. Mais ce principe, déduit de la règle sur la rétroactivité des conditions, n'est pas unanimement accepté. Les auteurs le repoussent pour la plupart, et tiennent que les effets du contrat de mariage ne datent jamais que du jour de la célébration. Dans cette doctrine, le défaut d'harmonie que nous venons de signaler n'existe pas. Le contrat de mariage

Digitized by Google

n'est en effet opposable aux ayant-cause des époux qu'à partir du mariage, c'est-à-dire, du jour où il est publié.

Il nous reste à parler des cas (autres que le décès d'un des époux) dans lesquels l'état de choses que le mariage avait établi vient à cesser. L'ordre d'idées que nous abordons nous amènera à formuler encore une critique contre la législation actuelle.

Les événements qui apportent une modification dans les pouvoirs du mari et dans la capacité de la femme, sont la séparation de biens, la séparation de corps, et aujourd'hui, le divorce. Il est nécessaire, disait fort bien Pothier [1], que le public soit instruit de ces séparations, et sache que le mari n'a plus le droit de disposer des revenus des biens de sa femme, que la femme est en état de contracter pour l'administration de ses biens, sans avoir besoin d'autorisation. Il y a ici deux sortes de publicités qu'il convient de distinguer : celle de la demande et celle du jugement.

1° La demande en séparation de biens doit être publiée, dans les trois jours par l'affiche d'un extrait de la demande, dans l'auditoire du tribunal de première instance, du tribunal de commerce, et dans les chambres d'avoués et de notaires de l'arrondissement, et, en outre, par insertion dans l'un des journaux qui s'impriment dans le lieu où siège du tribunal (art. 866 à 868, C. pr.).

La loi ne prescrit ni la publicité de la demande en séparation de corps, dont l'accessoire est la séparation de biens, ni celle de la demande en divorce. De sorte que la séparation de biens principale rétroagit au jour de la demande même à l'égard des tiers [2], ce qui n'est pas injuste, puisqu'ils en sont avertis. Tandis que la rétroactivité du jugement de séparation de corps ou de divorce n'a lieu que dans les rapports des époux entre eux (art. 252 nouveau, C. c.), elle n'a pas lieu à l'égard des tiers. Les actes qu'ils passent avec le mari, pendant l'instance en séparation de corps ou en divorce, sont donc maintenus quoique passés sciemment par lui au préjudice de sa femme. Elle ne pourrait les attaquer que conformément au droit commun de

[1] *Traité de la communauté*, n° 517.

[2] Aubry et Rau, t. V, § 516, n° 5, a.

Digitized by Google

l'action paulienne, c'est-à-dire, si le tiers avait été complice de la fraude (art. 243, C. c.).

Nous tenons pour regrettable cette différence dans la protection qu'on accorde à la femme contre les actes frauduleux du mari, suivant qu'il s'agit soit d'une séparation de biens principale, soit d'une séparation de corps ou du divorce. Sans doute, dans ces deux derniers cas, la cause du danger qui menace la femme n'est point, comme au premier, dans le péril des affaires du mari. Mais la demande en séparation de corps ou en divorce place les époux dans un état d'hostilité à raison duquel, en fin de compte, l'administration du mari peut devenir aussi préjudiciable à la femme que dans l'hypothèse d'une simple séparation de biens. Il est à craindre que le mari, durant l'instance, n'abuse intentionnellement de ses pouvoirs, sans cependant faire part aux tiers du mobile secret de ses actes, c'est-à-dire sans donner ouverture à l'action paulienne. Le législateur aurait donc bien fait, il nous semble, lors du vote de la loi du 18 avril 1886, d'adopter un seul et même principe. Il aurait dû, dans les trois cas, prescrire la publicité de la demande et faire rétroagir le jugement au jour où la publicité a été effectuée.

2° Un mot maintenant sur la publicité du jugement qui prononce la séparation de corps, de biens, ou le divorce. Celle du jugement de séparation de biens principale, ou accessoire, est donnée, par l'affiche d'un extrait du jugement, dans l'auditoire des tribunaux de première instance et de commerce du domicile du mari, même s'il n'est pas négociant, ainsi que dans les chambres d'avoués et de notaires (art. 872, Pr.). — Quant au jugement qui prononce le divorce, outre la formalité de l'affiche, la publicité doit avoir lieu par insertion de l'extrait du jugement dans l'un des journaux qui se publient dans le lieu où siège le tribunal (art. 250, C. civ.).

Il nous reste à parler de l'incapacité des personnes interdites ou munies d'un conseil judiciaire, et de l'incapacité particulière du failli. Quant aux premières, l'arrêt ou le jugement qui porte interdiction ou nomination d'un conseil doit être affiché, dans les dix jours, dans l'auditoire du tribunal, et dans les études de notaires de l'arrondissement (art. 501, C. civ.). Ce mode de pu-

Digitized by Google

blicité n'indique pas aux tiers, notons-le en passant, qui est chargé de la tutelle de l'interdit. — Pour le failli, il est incapable, en ce sens que l'administration et la disposition des biens qu'il possèdait au jour du jugement déclaratif lui sont enlevées (art. 443, C. com.). Cette incapacité le frappe dans l'intérêt de ses créanciers. Elle est la conséquence du désaisissement prononcé par la justice. C'est pourquoi elle est moins étendue que celle de l'interdit. Elle s'étend au passé, non à l'avenir; en d'autres termes, le failli reste pleinement capable quant aux biens qu'il acquiert postérieurement à la faillite. Comment se fait ici la publicité ? Le jugement déclaratif est affiché et inséré dans les journaux, tant du lieu où la faillite aura été déclarée, que de tous les lieux où le failli aura des établissements de commerce.

Tel est le système suivant lequel on procède à la publicité des événements qui modifient la capacité ou les pouvoirs de la personne. Sauf un seul cas où elle est donnée par les registres de l'état civil, la publicité consiste, tantôt en affiches seulement, tantôt en affiches et insertions dans les journaux.

Le procédé n'est pas dénué d'utilité, parce qu'il divulgue dans le milieu où il est le plus urgent qu'elle soit connue, une situation qui n'est pas toujours apparente. Mais il est insuffisant pour plusieurs raisons.

D'abord le milieu où l'on répand la publicité est fort restreint : c'est ordinairement l'étendue de l'arrondissement où l'incapable est domicilié. Qui songerait à préconiser l'affichage dans la France entière? Quand l'incapable change de domicile, une nouvelle publicité n'a pas lieu dans l'arrondissement où il se fixe [1]. Par conséquent, il lui suffira de changer de résidence pour se soustraire à peu près complétement aux conséquences de son incapacité. En dissimulant le domicile qu'il vient de quitter il déroutera toutes les recherches. Surtout dans les grandes villes, les tiers à qui il se présentera comme capable seront, en fait, dans l'impossibilité de s'informer quelle est au juste l'étendue de sa capacité. Ils pourraient, à la rigueur, suivre la filière de ses résidences antérieures, si la double déclaration exigée par l'ar-

[1] La jurisprudence est en ce sens. Cass. 1er août 1860. D. 60. 1. 316.

Digitized by Google

ticle 104, C. c., était faite tant à la municipalité du lieu que l'on quitte qu'à celle du lieu où l'on transfère son domicile. Mais cette disposition, n'étant pas sanctionnée (art. 105, C. c.), n'est pas observée en fait.

Au surplus, même au domicile de l'incapable, la publicité telle qu'elle existe n'est pas aussi efficace qu'on pourrait le croire. Les particuliers s'accoutument de plus en plus à négocier leurs transactions, sans recourir au ministère d'hommes d'affaires. Or la publicité actuelle s'adresse plutôt à ceux-ci qu'au grand public, pour qui l'annonce faite à la quatrième page d'un journal passe inaperçue. La publicité par placards apposés dans les tribunaux est également illusoire. L'affiche du jour n'est-elle pas recouverte par celle du lendemain? Est-il aujourd'hui dans les mœurs de se rendre aux prétoires pour y lire les affiches? La pratique actuelle est donc imparfaite. Qu'on en conserve le procédé : soit. Mais puisqu'il ne développe qu'une publicité éphémère et locale, qu'on le complète par un autre procédé, propre à faire durer la publicité, à la faire rayonner par toute la France.

B. — Quelle est la sanction du défaut de publicité, entre les parties dont l'état ou l'incapacité est en jeu et les tiers? — Actuellement le principe est que la situation acquise à une personne, soit en vertu d'un fait naturel qui lui confère son état, soit en vertu d'un acte juridique qui la frappe d'incapacité, lui appartient à l'égard de tous, indépendamment de la publicité qu'elle doit recevoir. L'omission de cette formalité ne dépouille la personne, ni de son état, ni du bénéfice de son incapacité.

Nous allons justifier cette règle fondamentale par l'examen des applications et des exceptions qu'elle comporte.

Le contenu aux actes réguliers de l'état civil est réputé vrai, à l'égard de la société toute entière, par le seul fait de l'inscription sur les registres publics [1]. Cette présomption légale, qui

[1] Cette idée doit, ce nous semble, être appliquée aux rectifications d'actes, faites sur les registres, conformément aux art. 198 et 101, C. civ., par mention expresse en marge de l'acte réformé, et non par simple renvoi au jugement. (Arr. Cons. d'Etat, 4 mars 1808). On discute sur l'effet de ces rectifications : à notre sens, elles sont opposables, par ceux qui les ont obte-

Digitized by Google

est susceptible d'ailleurs d'être combattue par une preuve contraire, recevable tantôt par les voies ordinaires, tantôt par la voie de l'inscription de faux, se dégage d'un grand nombre de dispositions du Code (art. 45, 78, 194, 319, C. c.). Est-ce à dire que la preuve de l'état ne puisse se faire autrement que par les registres? Nullement. L'état est indélébile, la question de preuve domine la question de publicité.

Ainsi, la preuve de la filiation légitime peut se faire, à défaut d'acte de naissance, par témoins (art. 323, C. c.). La preuve d'un décès peut résulter d'un acte de notoriété [1]. La preuve du mariage, pour laquelle la loi se montre sévère, et n'admet en principe que l'acte de célébration inscrit sur les registres (art. 194, C. c.), peut être faite par tous les moyens possibles, dans un certain nombre de cas énumérés au Code (art. 46, 198 à 200), et même, dans une opinion répandue, en cas d'inscription sur feuille volante. Ce serait donc une erreur de croire qu'entre la partie et les tiers, le registre seul fait foi.

Notre règle s'applique plus largement encore en matière d'incapacités. D'abord, celle que la loi attache à une peine, étant d'ordre public, frappe le condamné à partir de la condamnation, et indépendamment de la publicité du jugement. L'acte qui serait passé par le condamné, même avant l'affiche de l'arrêt, serait donc nul, et d'une nullité absolue, car elle est destinée à assurer l'exécution de la loi répressive.

Pour les incapacités de protection, la publicité n'est pas non plus une formalité irritante. La loi tient sans doute à ce qu'elle soit accomplie dans l'intérêt des tiers; mais, fût-elle omise, que

nues, même aux intéressés qui n'ont pas été parties dans l'instance, tant qu'ils n'auront pas démontré l'inexactitude de la rectification. L'art. 100, C. civ., qui réserve l'application du principe de l'autorité de la chose jugée, doit être interprété, en tenant compte de la relation qui existe entre la publicité et la preuve. Aussitôt inscrite sur le registre, la rectification a la même force probante que si l'acte avait été, dès l'origine, rédigé selon la teneur consacrée par le jugement. Mais la preuve contraire, qui ne peut plus être fournie par ceux qui ont été parties dans l'instance, pourrait l'être par ceux qui n'y ont pas été appelés.

[1] Circulaire du ministère de la justice, 11 messidor an XII, et art. 70, 155, C. civ.

Digitized by Google

l'incapacité, avec son réseau de nullités protectrices, n'en dériverait pas moins *ipso facto* de l'acte juridique auquel la loi l'attache. La raison en est que, si les règles concernant la publicité sont d'intérêt général, les règles concernant les incapacités sont, à un degré plus éminent, d'ordre public. La protection que la loi juge nécessaire d'accorder à certaines personnes ne serait pas sérieuse, s'il suffisait d'omettre la formalité de la publicité, pour faire échec aux mesures de garantie. La preuve que tel est bien l'esprit de la loi, c'est que l'hypothèque légale des incapables ne manque pas son effet en l'absence d'inscription (art. 2135, C. civ.).

En cas d'interdiction, ou de dation d'un conseil judiciaire, « l'incapacité se produit avec les nullités qui en découlent, quoique l'affiche ait été omise ou irrégulièrement faite; car la disposition de l'art. 502 est absolue, et ne dépend pas de l'observation exacte de l'art. 501... Ce qui le prouve, c'est que, d'après le texte de l'art. 502, la nullité s'applique aux actes passés avant l'expiration des dix jours, tandis que les dix jours entiers sont accordés pour l'expédition et l'affiche du jugement. Certes, il serait absurde que les actes faits sans délai après le jugement, et dès lors entachés de nullité, devinssent ensuite valables, parce que l'affiche n'aurait pas eu lieu dans la délai fixé [1]. »

D'après l'art. 68, C. com., le sanction du défaut de publicité n'est pas dans la nullité des conventions matrimoniales, ni même dans l'inefficacité, à l'égard des tiers, de la clause qui leur nuit. Elle consiste simplement dans une amende, et dans la responsabilité civile du notaire qui, ayant rédigé le contrat, devait en surveiller la publicité [2].

A propos de l'incapacité dotale, l'art. 1394, C. civ., sanctionne

[1] Valette, *Cours de Code civil*, p. 613.

[2] On rapprochera de ce texte l'art. 1397. Dans l'hypothèse où les tiers n'ont pas été à même de connaitre un changement fait à un contrat de mariage, parce qu'il n'a pas été mentionné sur la grosse, la sanction du défaut de publicité consiste seulement dans les dommages-intérêts dont le notaire est passible envers les tiers. — Rappelons également que, dans l'opinion qui prévaut, la sanction de la publicité imposée par l'art. 171, C. civ., au Français qui s'est marié à l'étranger, et revient en France, ne consiste dans la nullité ni du mariage ni des conventions matrimoniales.

Digitized by Google

plutôt la publicité mensongère que le défaut de publicité. Si les époux ont déclaré n'avoir pas fait de contrat de mariage, alors qu'ils en ont fait un, l'inaliénabilité dotale n'est pas opposable aux tiers. Mais si le défaut de publicité du contrat provient d'une omission faite, dans l'acte de mariage, par l'officier de l'état civil, qui aurait négligé de poser aux époux la question voulue, ou d'insérer leur réponse sur le registre, la femme pourrait quand même se prévaloir, à l'encontre des tiers, de son régime matrimonial. M. Valette [1], rapporteur de la loi de 1850, l'a formellement déclaré dans la discussion.

Il est un seul cas où l'intérêt des tiers semble primer, dans la pensée de la loi, l'intérêt de l'incapable. C'est en matière de séparation de biens principale. D'une part, l'art. 869, Pr., exige l'observation des formalités de publicité, à peine de nullité. D'autre part, la validité de la séparation est expressément subordonnée (art. 1444 et 1445, C. civ.) à un commencement d'exécution dans la quinzaine du jugement, et l'exécution elle-même ne peut commencer que du jour où les formalités auront été remplies (872, Pr.). — Mais en dépit de ces précautions prises en vue des tiers, la loi marque sa volonté de protéger avant tout la femme. Grâce au principe d'après lequel les effets du jugement de séparation remontent, *erga omnes*, au jour de la demande, la femme pourra faire tomber un contrat que le mari se serait hâté de passer aussitôt que la demande lui a été notifiée, avant que le greffier en eût communiqué l'extrait aux chambres d'avoués et de notaires, avant par conséquent que le tiers avec lequel il a traité pût être averti par la publicité légale. Quant à ces actes, passés par le mari au préjudice de la femme, dans le délai qui est matériellement nécessaire, après la demande, pour vaquer aux mesures de publicité, la femme est donc préférée, même aux tiers de bonne foi.

En résumé, la loi veut la publicité des principales qualités constitutives de la personne civile. Elle organise cette publicité par divers procédés dont les uns sont bons et les autres insuffisants. A moins qu'un texte formel ne prive la personne du droit qu'elle aurait eu, si elle l'avait publié, la publicité n'est pas exigée à peine de nullité ou de déchéance. La personne conserve

[1] *Mélanges*, II, p. 494.

Digitized by Google

intégralement son droit, sa qualité, comme si elle l'avait fait connaître. Elle peut le réclamer par tous les modes de preuve du droit commun [1].

C. — Sous les réserves que nous avons faites, c'est seulement dans la responsabilité des agents chargés d'y concourir, qu'il faut chercher la sanction du défaut de publicité. Cette responsabilité s'analyse en deux obligations :

1° Celle de payer l'amende, lorsqu'elle est prononcée par un

[1] Il serait intéressant de chercher à fond dans quelle mesure la même idée s'applique en matière de crédit réel. Ici, il y aurait quelque témérité à donner une formule générale. D'une part, l'hypothèque non inscrite est à peu près comme si elle n'existait pas (art. 2135, 2146, C. civ.). Le principe est le même pour les privilèges (art. 2106), mais il reçoit en cette matière de graves exceptions. D'autre part, dans les transmissions de propriété ou constitutions de droits réels, la sanction du défaut de publicité, vis-à-vis des tiers qui ont acquis de leur côté des droits sur l'immeuble et les ont publiés, ressemble bien à une déchéance. Seulement la faculté de s'en prévaloir n'appartient, comme on voit, qu'à un petit nombre de tiers. Il n'y a pas, en toute espèce, des tiers pouvant opposer le défaut de publicité. Dans les cas même où il en existe, on peut contester que la déchéance soit complète, et soutenir, avec beaucoup d'auteurs, que le titulaire d'un droit réel resté occulte, s'il a perdu le droit d'exercer son droit de suite, conserve du moins son droit de préférence et peut le faire valoir, le cas échéant, contre tous autres intéressés.

Ce qu'il faut constater, c'est que, chez nous, la publicité par transcription n'est pas une condition essentielle à la formation des contrats translatifs de droits réels immobiliers. C'est une formalité, non une solennité. Indépendamment de toute publicité, la transmission du droit aliéné s'opère, non-seulement entre les parties, mais à l'égard du public en général. Ainsi l'acquéreur peut opposer son droit aux tiers créanciers de l'aliénateur, revendiquer l'immeuble contre un usurpateur, toucher l'indemnité d'expropriation pour cause d'utilité publique.

Réserve faite de ce qui touche à l'hypothèque, les droits réels peuvent donc, sans être publiés, être opposés en principe à tous. Mais le droit qui reste occulte est d'une trempe imparfaite. Il s'émousse à la rencontre d'un droit plus fort, c'est-à-dire acquis du chef du même auteur, et consolidé par la publicité. La vraie sanction du défaut de publicité, en dernière analyse, nous paraît consister non dans l'inefficacité du droit consenti, mais dans l'éventualité de le voir succomber sous un droit plus solide. Je renvoie aussi à l'art. 4 de la loi du 23 mars 1855, qui établit une sanction purement pécuniaire de l'obligation de transcrire les jugements prononçant la rescision ou résolution d'un acte transcrit.

Digitized by Google

texte. Généralement, le maximum en est fixé à cent francs. On consultera, pour les officiers de l'état civil, les art. 50, 76, C. c., et à l'art. 252, C. c. modifié par la loi du 18 avril 1886; pour les notaires les articles 68, C. com.; 1394, C. c.; 18 de la loi du 25 ventôse an XI. — 2° celle de réparer civilement le préjudice causé aux tiers, par suite de la négligence imputable à l'agent. C'est le droit commun (art. 1382, C. c.).

III.

Voici, pour la résumer d'un mot, quelle conclusion se dégage de l'exposé qui précéde. Le vice de la loi actuelle réside moins encore dans certaines lacunes des actes de l'état civil, quant à l'indication de l'incapacité ou de la nationalité des parties par exemple, que dans une organisation défectueuse quant au rayonnement de la publicité des faits qu'ils relatent. L'application actuelle du procédé sert aux seuls tiers qui connaissent d'ores et déjà l'événement enregistré. Elle n'instruit pas ceux qui l'ignorent, ceux auxquels précisément il est indispensable d'en révéler l'existence.

Une réforme de la législation actuelle est donc opportune. Cette réforme n'est réalisable, elle ne sera bien accueillie par les Chambres et par l'opinion, que si les avantages qu'elle promet peuvent être obtenus sans dépenses pour le Trésor, sans un trop grand mouvement d'écritures. De plus, comme les améliorations lentes et graduelles sont souvent les meilleures et les plus durables, la réforme doit laisser intacts les grands principes de notre droit; il faut qu'elle puisse être accomplie sans engager ces principes mêmes, et sans faire glisser la discussion sur les règles fondamentales du Code civil.

Le but à atteindre est de relier entre eux, pour les grouper en un seul tableau, tous les faits, échelonnés pendant la vie d'un individu, qui sont les éléments de sa capacité et de son état. Ce tableau sera dressé sur des registres publics, en un lieu aisé à découvrir, pour que l'on puisse arriver rapidement et sûrement à l'information.

Avant tout il faut déterminer le lieu où l'on fera converger ces indications. Le choix s'impose : c'est au *lieu de naissance* de

Digitized by Google

chaque personne respectivement qu'il est le plus naturel de les centraliser. Cette idée se recommande d'une institution qui fonctionne depuis longtemps déjà : celle du *casier judiciaire*. Elle donne d'excellents résultats dans le domaine criminel; elle peut donc servir de modèle pour l'établissement de ce qu'on propose d'appeler le *casier civil* [1]. Or, c'est au greffe de l'arrondissement natal des condamnés pour crime ou délit, que sont réunis les documents composant son casier judiciaire. Le lieu de naissance est déterminé une fois pour toutes. Il n'est pas susceptible de changer, comme le domicile. Le registre du lieu de naissance constituera, comme on dit, une excellente plate-forme de publicité.

Quand un individu se présentera pour une affaire de quelque importance, nous n'aurons qu'à lui demander d'où il est originaire, pour être à même de nous procurer, avec l'extrait du registre où se trouvera reproduite, si je puis dire, sa photographie juridique, tous les renseignements relatifs à sa condition civile. Coût : une feuille de papier timbré. Si ce précieux moyen d'information existait, on peut augurer que l'usage des extraits se répandrait bien vite, puisque, moyennant une dépense insignifiante, on se procurerait la sécurité.

Le centre d'informations adopté — il l'est à l'unanimité par tous ceux qui se sont occupés de la question — le problème est loin d'être résolu. Ce qui est difficile, en effet, c'est de trouver une solution pratique aux questions suivantes :

1° Où doit être déposé le registre contenant le casier civil? En d'autres termes, quel fonctionnaire sera chargé de la rédaction, et de la délivrance des extraits?

2° Quels renseignements au juste devront être par lui mentionnés sur le registre?

3° Comment faire parvenir ces renseignements à la connaissance de ce fonctionnaire?

4° Enfin, quelle sera la sanction du défaut de publicité; com-

[1] Les deux institutions ne feront pas double emploi, car le casier judiciaire comprend les condamnations correctionnelles, qu'il n'y a pas lieu de mentionner dans le casier civil, attendu qu'elles ne modifient pas la capacité proprement dite de la personne.

Digitized by Google

ment répartir les responsabilités, entre les divers agents chargés d'y concourir?

Examinons rapidement ces divers points.

A. — Jusqu'ici, nous avons vaguement parlé du lieu de naissance, comme devant naturellement servir de point de ralliement aux documents relatifs à chaque personne. Précisons. Est-ce dans la commune même où l'individu est né qu'il faudrait réunir et conserver les documents qui le concernent? Non. Le système du registre-casier dans chaque commune aurait des inconvénients : les casiers seraient trop éparpillés; ils seraient confiés à un trop grand nombre de rédacteurs.

Il est préférable de les réunir tous au chef-lieu d'arrondissement, où la rédaction en appartiendra à un seul fonctionnaire. Les registres de chef-lieu d'arrondissement, affectés aux casiers, contiendront donc le relevé des faits générateurs de l'état et des incapacités de tous les individus nés dans l'arrondissement, soit qu'ils continuent à y résider, soit qu'ils l'aient quitté pour se fixer ailleurs. Jusqu'à présent, tout le monde est d'accord.

On cesse d'être unanime, lorsqu'il s'agit de décider à qui devrait être confiée la tenue du registre d'arrondissement. Parmi les publicistes qui se sont occupés de la question au point de vue législatif, les uns proposent l'officier de l'état civil, les autres, le receveur de l'enregistrement, d'autres, le conservateur des hypothèques; d'autres enfin, le greffier du tribunal de première instance.

N'hésitons pas à écarter le choix de l'officier de l'état civil et du receveur de l'enregistrement.

Quelles raisons militent contre le choix de l'officier de l'état civil? C'est qu'il convient de ne point surcharger ces fonctionnaires non salariés de travail matériel, ni de responsabilité. Et puis, dans les chefs-lieux d'arrondissement, le rôle d'officier de l'état civil appartient à plusieurs personnes à la fois : au maire et aux adjoints. Diviser entre eux la tâche, ce serait multiplier les responsabilités, et introduire une certaine complication dans les écritures. La mettre à la charge d'un seul, ce serait lui imposer gratuitement des obligations trop lourdes.

Le choix du receveur de l'enregistrement a été jadis préco-

Digitized by Google

nisé par M. Loreau, dans son Traité du Crédit foncier (1841). L'auteur voudrait supprimer les conservations d'hypothèque, et charger les receveurs de tout ce qui se rapporte à la publicité de l'état, des incapacités, et du crédit immobilier des personnes. Ce serait là une réforme radicale de notre organisation hypothécaire. Il ne paraît pas être dans les intentions du législateur de la réaliser quant à présent. Les receveurs de l'enregistrement n'ont dans leurs attributions actuelles le maniement ni des registres de la propriété immobilière, ni des registres de l'état civil. Vraiment il n'y a aucune bonne raison pour recourir ici à leur ministère.

Nous restons en présence du conservateur et du greffier.

C'est au conservateur des hypothèques que M. Joseph Morel, député, dans la proposition de loi qu'il a déposée sur le bureau de la Chambre [1], le 5 février 1887, confie la tenue du casier civil.

Art. 3. « Tout conservateur tiendra le casier civil des Français nés dans la circonscription de son bureau. Le casier des Français nés à l'étranger sera tenu à Paris, par le conservateur des hypothèques du premier bureau. »

Ce système est également préconisé par un praticien émérite, M. Hébert, dans une brochure publiée, en 1841, sur les réformes que l'on cherchait alors à introduire dans notre régime hypothécaire.

M. Morel exprime ainsi la raison pour laquelle il désigne le conservateur des hypothèques : « Les extraits du casier civil seront principalement requis par les notaires, et le plus souvent, à propos d'actes suivis de formalités hypothécaires. Les notaires trouveront ainsi dans le même bureau tous les documents relatifs aux affaires nombreuses et importantes qui leur sont confiées. »

Nous reconnaissons que l'idée d'attribuer au même fonctionnaire le service de tous les registres servant à la publicité de l'état, de la capacité, du crédit de la personne, est simple et satisfaisante au point de vue rationnel. Mais l'avantage en vue duquel on opte pour le conservateur est loin de compenser, à

[1] Elle a été prise en considération par la 11e commission d'initiative, conformément aux conclusions de M. Ganivet, rapporteur; et depuis lors, nous l'avons dit, par la Chambre elle-même. Officiel, Ann. nos 1514-1543.

Digitized by Google

notre avis, les inconvénients qui résulteraient, d'abord d'une grande accumulation de registres dans les mains d'un même rédacteur, et surtout de l'énorme travail d'écritures que nécessiterait l'application première du système proposé. Au reste, l'avantage mis en relief n'est-il pas plus apparent que réel? En fait, le casier civil sera consulté surtout par les personnes qui habitent en un centre éloigné de celui où est né l'individu qu'elles sont intéressées à connaître. Leur sera-t-il plus dispendieux d'écrire au greffier, par exemple, qu'au conservateur?

Il est vrai que, si l'on se rend soi-même aux bureaux du casier civil, et qu'on ait en même temps besoin d'un certificat d'inscriptions hypothécaires, on aura, dans le système de M. Morel, les deux certificats à la fois, sans être obligé de se déplacer. Mais l'intérêt qu'on peut avoir à connaître l'état et la capacité d'un individu ne se lie pas toujours à un immeuble situé dans l'arrondissement où il est né. Et puis, qu'est-ce qu'une course de clerc de notaire, ou de simple particulier, auprès de l'immense travail qui serait nécessaire pour immatriculer aux bureaux de conservation des hypothèques les trente-huit millions de Français?

L'établissement préliminaire du casier dans les bureaux du conservateur ne serait aucunement facilité par les registres qu'actuellement il a dans ses attributions: car les registres de transcription ou d'inscription contiennent les noms des titulaires de droits réels portant sur les immeubles de l'arrondissement, lesquels titulaires sont souvent originaires d'un autre arrondissement. Au lieu que les registres du casier civil doivent renfermer les noms de toutes les personnes nées dans l'arrondissement, quoiqu'elles n'y aient aucun intérêt immobilier. La base des deux registres étant différente, il faudrait transporter, du greffe à la conservation, les registres de l'état civil de toutes les communes de l'arrondissement, renfermant l'acte de naissance des personnes de tout âge, actuellement vivantes, afin que le conservateur en fit faire la copie, pour premier établissement du casier. On recule devant cette perspective.

Le système qui a le plus de chance de réussir est celui dont l'application sera le moins laborieuse. En somme, il n'y aurait aucun inconvénient sérieux à faire fonctionner la publicité en

Digitized by Google

matière personnelle, et la publicité en matière réelle, dans des locaux distincts, d'ailleurs peu éloignés l'un de l'autre dans la plupart des chefs-lieux d'arrondissement.

La solution qui nous semble la plus pratique consisterait à confier au *greffier* du tribunal de première instance la tenue des registres du casier civil : les écritures seront ainsi réduites au minimum possible.

A l'heure actuelle, ne l'oublions pas, les trente-huit millions de Français sont immatriculés sur les registres de l'état civil, qui apparaissent ainsi comme naturellement destinés à constituer la matrice du casier civil. Les registres contenant l'acte des Français actuellement vivants, nés dans toutes les communes du premier arrondissement venu, sont, au moment présent, centralisés au greffe du chef-lieu (art. 43, C. c.). Seuls, les registres de l'année courante manquent à l'appel, les municipalités ne les expédieront qu'à la fin de l'année. Mais qu'importe ? Les mentions qu'il y aurait lieu de faire sur le casier civil sont manifestement relatives à des personnes âgées de plus d'un an. Ainsi donc, les registres contenant l'acte de naissance de toutes les personnes dont l'état et la capacité se sont modifiés depuis la naissance sont dès à présent entre les mains du greffier.

Il ne s'agit plus que de dresser pour chacune d'elles le tableau des actes, s'il y en a, qui influent sur son état ou sur sa capacité. Ce tableau sera annexé à *l'acte de naissance*. Il sera dressé sur le feuillet qui contient cet acte. Les modifications à l'état ou à la capacité se feront par mentions sommaires, soit en marge, soit à la suite de l'acte, dans le blanc qu'on aurait soin de ménager, sur les registres distribués dorénavant.

Les indications ne seront pas d'ailleurs nécessaires pour tout le monde, car tout le monde n'est pas interdit, marié, failli, condamné... Le travail d'établissement serait donc relativement peu considérable, et, pour l'avenir la mise au courant n'imposerait pas au greffier un grand surcroît d'occupation. On pourrait d'ailleurs, comme le propose l'honorable député, autoriser le fonctionnaire-rédacteur à percevoir une légère rétribution à chaque demande d'extrait.

B. — Il n'est pas inutile de détailler les qualités ou change-

Digitized by Google

ments de qualités qui devront être mentionnés sur le registre.

La formule générale est celle-ci : tous les faits naturels, tous les actes juridiques de nature à affecter l'état, la capacité, les pouvoirs d'un individu, doivent être enregistrés, et joints à son acte de naissance. Nous généralisons donc le vœu formulé par M. Michelin, dans sa proposition du 23 mars 1886, où il se contente de requérir la mention du mariage de la personne en marge de son acte de naissance (Officiel, Ann. nos 576-825).

Pour le détail, nous renvoyons à la proposition de M. Morel, qui exige l'indication des faits suivants :

1° absences; 2° adoptions; 3° concordats; 4° conseils judiciaires; 5° contrats de mariage; 6° co-tutelles; 7° décès; 8° destitutions de tutelles; 9° divorces; 10° faillites; 11° interdictions; 12° légitimations; 13° mariages; 14° naturalisations; 15° nominations à des fonctions de comptable de deniers publics emportant hypothèque légale; 16° privations de droits civils; 17° protutelles; 18° reconnaissances d'enfants naturels; 19° rectifications d'état civil; 20° réhabilitations; 21° séparations de biens; 21° séparations de corps; 22° tutelles légales; 23° tutelles datives; 24° veuvages. — Il y aurait peut-être lieu d'y ajouter la mention des actes de société (art. 42, C. com.).

Notons, en terminant, que quelques législations étrangères ont reconnu la nécessité de donner une publicité, au moyen de registres publics, à la tutelle des incapables : on peut se reporter aux art. 343 à 349 du Code italien.

C. — Maintenant, comment faire arriver les renseignements relatifs à tous ces faits, jusqu'au greffier chargé de les enregistrer?

Pour cela, il suffit d'imposer à tout officier de l'état civil et à tout officier ministériel à qui appartient la rédaction de l'acte juridique affectant l'état ou la capacité des personnes, l'obligation d'en transmettre immédiatement la mention sommaire au greffier du lieu de naissance.

Les officiers ministériels qui seraient chargés de faire cet envoi sont les suivants : les notaires, les greffiers des Cours d'assises, des tribunaux de commerce, des tribunaux de première instance, ou des justices de paix.

Digitized by Google

Ils seront avertis du lieu de naissance de l'individu visé dans un acte, par cet acte lui-même, si le législateur prend soin d'exiger l'indication, dans tout acte authentique, du lieu de naissance des personnes qui y sont dénommées.

D. — En ce qui concerne la sanction du défaut de publicité, nous ne croyons pas qu'il y ait lieu de rien changer au principe actuel. Nous avons vu par quelles raisons il se justifiait.

Ce serait assez, dans l'intérêt des tiers, d'édicter une amende contre les fonctionnaires, chargés de concourir à l'œuvre de la publicité, qui seraient coupables de négligence.

Il faut d'ailleurs avoir confiance dans l'exactitude avec laquelle les divers agents rempliraient leurs obligations, sous la surveillance du ministère public. RAYNALD PETIET.

BIBLIOGRAPHIE.

MÉLANGES D'HISTOIRE DU DROIT ET DE CRITIQUE. — DROIT ROMAIN [1],

Par M. A. ESMEIN, Professeur agrégé à la Faculté de Droit de Paris, Maître de conférences à l'École pratique des Hautes-Études.

Compte-rendu par M. P. LOUIS-LUCAS, Professeur agrégé à la Faculté de droit de Dijon.

Montaigne dit quelque part : « Comme quelqu'un pourroit dire de moy, que j'ay seulement faict ici un amas de fleurs estrangères, n'y ayant fourny du mien, que le filet à les lier [2]. » Si les livres avaient le don de la parole, au lieu de n'être que les dépositaires muets de la pensée de leur auteur, le volume dont nous présentons aujourd'hui l'analyse aux lecteurs de la *Revue critique* pourrait, en toute vérité, s'exprimer de la sorte. Il est fait tout entier de la réunion des principales études publiées par M. Esmein dans diverses revues depuis une dizaine d'années. La pensée de grouper et de ramasser ainsi en un seul tout ces mono-

[1] 1886, 1 vol. in-8° de II-420 pages.

[2] *Les Essais de Michel, Seigneur de Montaigne*, avec notes, etc.; Pierre Coste, nouv. édit. (3 vol. in-4°), Paris, par la Société, 1725, t. III, liv. III, Chapitre XII, p. 310, lig. 10 et suiv.

Digitized by Google

graphies détachées est, en elle-même, des plus heureuses. Sauver d'un oubli immérité les articles dont l'isolement les destine fatalement à être tôt ou tard perdus de vue; leur assurer toute la durée dont ils sont dignes, n'est-ce pas la meilleure forme de remerciement qu'un auteur justement apprécié puisse adresser à l'accueil empressé du public, auquel il procure le nouveau plaisir de relire son œuvre, de la méditer, d'en tirer profit, et d'en proclamer à l'occasion tout le bien qu'il en conçoit? Aussi ne saurions-nous trop approuver M. Esmein d'avoir suivi et imité la méthode en honneur depuis longtemps déjà chez nos voisins d'Outre-Manche et d'Outre-Rhin.

Les quatorze dissertations dont se compose le volume que nous avons sous les yeux, ont trait aux sujets les plus divers et sont classées sous trois chefs.

Les unes ont pour objet le droit romain étudié dans son développement historique; — Les autres rapprochent entre elles les coutumes analogues de peuples différents de races, « les institutions similaires qui contiennent d'autres systèmes juridiques »» de telle sorte que « l'histoire propre du droit romain est soutenue par l'histoire du droit comparé »; — Les autres, enfin, ont pour but de fixer le sens et la portée des documents épigraphiques récemment découverts.

Quelle que soit cependant la variété des théories abordées, leur diversité n'est point exclusive d'une certaine unité. Outre qu'un courant scientifique très puissant et fort accentué la traverse en tous sens, un même esprit les anime, un trait commun les rassemble et les rallie : « l'application au droit romain de la pure méthode historique. »

Le livre s'ouvre par une étude sur la *manus*, la paternité et le divorce dans l'ancien droit romain. Elle est conduite avec une rare perspicacité et est remplie d'aperçus ingénieux. L'auteur y développe cette idée principale, qu'à Rome le mariage qui plaçait la femme *in manu mariti* et faisait d'elle une *materfamilias*, était le seul genre d'union qui, à l'origine, engendrât la puissance parternelle et donnât naissance à la paternité légitime.

Ajoutons qu'elle vient d'avoir la bonne fortune — ce n'est assurément pas là le moindre de ses mérites — d'appeler sur elle,

Digitized by Google

d'une façon toute spéciale, l'attention de notre éminent Maître, M. Labbé, qui a repris la thèse et l'a enrichie du fruit de ses propres investigations [1].

Viennent ensuite des recherches d'une sagacité pénétrante sur *le testament du mari et la donatio ante nuptias*, dans lesquelles on trouvera réunis, avec un art singulier, tous les moyens imaginés par les Romains pour subvenir à la condition de la femme veuve. A l'origine, nous voyons son sort réglé et assuré par des legs dictés au mari par la coutume, et dont les sources nous ont conservé d'innombrables exemples. M. Esmein excelle à faire jaillir des textes juridiques une lumière qui enveloppe tout le sujet et l'illumine d'un éclat inattendu. Il nous montre ces legs d'abord adaptés à la situation de la femme *in manu* et combinés par la suite avec l'hypothèse d'une dot restituable. Enfin, la *donatio propter nuptias* vint à son tour pourvoir aux intérêts de la veuve et au même besoin de subsistance qui lui était assurée. Mais cette espèce particulière de donation contenait de plus en elle le germe d'une idée féconde et jusque-là ignorée, que le Christianisme avait introduite, en ce sens qu'elle répondait au grand principe d'égalité entre les époux, qui est l'un des plus nobles apanages de l'union conjugale, l'une des plus sûres sauvegardes de sa dignité.

L'étude qui suit, et qui porte pour titre *Le délit d'adultère à Rome et la loi Julia de adulteriis*, est l'une des plus importantes de ce beau livre; elle en est aussi, de beaucoup, la plus étendue. M. Esmein nous retrace, d'une façon magistrale, l'histoire de la *lex Julia* contre l'adultère; cette loi appartient au principat d'Auguste et sa rubrique suffit à en caractériser l'objet. On a dit avec raison que les lois sont le reflet des mœurs : rien n'est plus vrai de celle-ci. Elle intervient à une époque où la société romaine dégradée était tombée dans la plus profonde immoralité. Ses dispositions sont le signe irrécusable de cette décadence morale. Elle ne prévoit pas seulement, en effet, et ne se borne pas à réprimer l'adultère de la femme; allons plus loin, — nous allions écrire plus bas, — dans cette triste voie, l'état de choses d'alors

[1] Voy. M. J.-E. Labbé, *Du mariage romain et de la manus*, dans la *Nouv. Rev. hist. de dr. fr. et étranger*, 1887, p. 1-20.

Digitized by Google

l'oblige à prévoir en outre et à châtier l'odieuse complaisance du mari à tolérer les désordres de sa femme. Il lui paraît — à juste titre — que l'honneur de la famille n'existe plus : aussi, en l'absence de son chef, auquel elle ne peut plus se fier pour la répression, ouvre-t-elle à tout citoyen l'accusation d'adultère, dont le délit est devenu, à ses yeux, un mal plutôt social que privé. Elle a le tort, toutefois, d'être empreinte surtout du sentiment de vengeance, dont toute l'antiquité païenne est comme imprégnée et d'oublier qu'au-dessus de la peine plane quelque chose de plus noble et de plus grand : le pardon.

M. Esmein nous fait assister avec un merveilleux talent d'exposition aux innovations apportées par les empereurs chrétiens : grâce au dogme nouveau, ceux-ci rendent à la famille l'influence prépondérante qu'elle n'aurait jamais dû perdre, et, restituant au mari la garde et la défense du foyer domestique, ils lui permettent d'oublier la faute par une absolution.

Les pages suivantes sont consacrées à *l'histoire de l'usucapion.* L'auteur, doué du sens historique le plus exercé, remonte à l'origine de l'institution, et il nous fait apercevoir, avec autant de netteté que de précision, que la distinction de la *bona* et de la *mala fides* est un progrès tardif de l'esprit juridique qui présida à la conception de certains actes et à leur réglementation primitive. L'usucapion est précisément du nombre. Ajoutons que la notion de la *justa causa* est, à cette occasion, remarquablement approfondie.

Frappé de ce fait « que dans le droit classique la durée normale des baux était de cinq années, *quinquiennium aut lustrum* », l'auteur y trouve un ingénieux prétexte à rapprocher cette durée de l'intervalle habituel qui séparait l'un de l'autre deux recensements et il consacre à ce rapport des développements fort curieux et remplis d'un puissant intérêt.

La poursuite du vol et le serment purgatoire est la première des deux dissertations consacrées à la comparaison entre le droit romain et les coutumes primitives.

M. Esmein nous fait voir à ce propos que la perquisition de la chose volée, qui semble si singulière chez les Romains, était loin de leur être propre. Elle se retrouve partout, jusque dans la

Digitized by Google

Bible, ainsi que le recours au serment des parents et des amis, employé comme procédé de justification.

Quant à la seconde étude de cette série, relative aux débiteurs privés de sépulture, c'est, sans contredit, l'une des plus originales du livre. Elle nous révèle d'une façon saisissante le caractère strictement personnel des dettes dans la législation primitive. L'héritier n'y est tenu qu'à une seule chose : ensevelir le défunt. Cette obligation même, si étrangère qu'elle puisse paraître à l'idée de transmissibilité passive, va cependant devenir pour le créancier un moyen de contrainte indirect et détourné, aussi étrange, à coup sûr, qu'il est grossier. Intervenant juste au moment précis où l'héritier s'acquitte de son funèbre devoir, il va l'empêcher d'en poursuivre l'exécution : il n'a plus de débiteur, mais il a une créance; son débiteur est mort, mais son corps est encore là; il va se saisir du cadavre, et forcer ainsi l'héritier à payer la dette pour le recouvrer, ou à s'obliger personnellement à l'acquitter. M. Esmein n'a garde d'omettre de nous entretenir sur ce point du droit canonique et ses constatations ne sont pas précisément ici en faveur du Christianisme. Nous voyons, en effet, l'Église s'emparer de cette coutume barbare des premiers temps, et faire de l'emploi de l'excommunication, un regrettable moyen de contrainte au paiement des dettes. Il y a là, il faut le reconnaître, un retour malheureux sur l'antique confusion du *Jus* et du *Fas*.

La troisième série du volume — mieux dirions-nous de l'écrin — du savant Professeur, intitulée *Épigraphie et critique juridiques*, débute par l'examen d' « un fragment de loi sur la juridiction des magistrats municipaux. » Après avoir reproduit ce précieux document épigraphique, M. Esmein nous indique son importance et la large part de contribution qu'il apporte à la science, en éclairant d'un jour nouveau toute l'histoire des juridictions municipales; puis il recherche à quelle loi il appartient, et déclare, conformément à l'opinion de M. Alibrandi, ainsi qu'il l'avait, du reste, déjà fait en 1881 dans le *Journal des Savants*, que nous nous trouvons en présence, non pas d'une suite et d'une sorte de complément à la *lex Rubria de Gallia Cisalpina*, comme le veut M. Mommsen et comme cela a généralement cours

Digitized by Google

en Allemagne, mais d'un texte législatif « général et applicable à toute l'Italie. » Il entre enfin dans certaines questions de détail, où nous ne saurions le suivre sans dépasser les limites d'une modeste analyse.

A propos de l'inscription tunisienne de Souk-el-Khmis, qui contient un fragment de décision impériale rendue sous Commode, M. Esmein met derechef en pratique cette *pure méthode historique* dont il ne se départit jamais et qui consiste à ne pas se contenter de donner une date à chaque monument législatif, mais à en interpréter de plus le texte par l'épigraphie, par la littérature, par les mœurs, pas tous les documents, en un mot, même étrangers au droit, que le passé nous a livrés, et qui peuvent servir à l'éclairer. Son étude, extrêmement remarquable, sur *les colons du saltus Burunitanus*, auxquels est relative l'inscription en question, apporte un contingent précieux à l'histoire de l'origine du colonat. Le *saltus Burunitanus* était un domaine impérial compris dans la circonscription, mais en dehors du territoire de la cité de Carthage. Sur ce domaine vivaient des colons et un *conductor* (fermier), qui les tyrannisait et les écrasait de corvées. Les colons finirent par se plaindre ; leurs doléances furent portées jusqu'à l'Empereur, qui rendit un rescrit en leur faveur. Notre inscription n'est que le texte de la supplique et de la décision impériale, texte gravé sous doute, ainsi que cela avait lieu si fréquement, en reconnaissance de cet acte de simple justice et de haute protection. En dépit de l'imposante autorité de M. Mommsen, qui avait pensé que le texte du second siècle de notre ère présentait un faible intérêt au point de vue de l'origine du colonat, M. Esmein a voulu rechercher par lui-même si de l'inscription ne jaillirait pas une lueur au profit de cette question si épineuse d'origine. Or il y rencontre qu'une *lex Hadriana* avait rendu fixes les redevances auxquelles les colons étaient astreints par la loi ou la coutume et que ces redevances ne pouvaient être augmentées. Longtemps environné d'une obscurité complète, voilà ce point désormais élucidé; non seulement le fait, mais la date deviennent précis et les ténèbres épaisses qui couvraient les débuts du colonat se dissipent.

Un raisonnement juridique aussi fin que serré vient au secours

Digitized by Google

de la philologie dans la dissertation qui suit et qui à trait à *la table de Bantia*. M. Esmein tente, et il y réussit pleinement, de montrer la portée véritable de certaines parties de cette loi.

Puis, il passe à l'examen de textes inédits de droit romain, et, avec sa pénétration habituelle, il arrive à démontrer que leur récente découverte a mis entre nos mains des fragments du livre IX des *Responsa Papiniani*, avec les notes de Paul et d'Ulpien.

Les trente-quatre pages consacrées à quelques lettres de Sidoine Apollinaire nous font apercevoir le droit romain considéré dans ses dernières transformations avant l'invasion des Barbares dans le sud de la France et le droit tel qu'il existait dans la Gaule romaine au Ve siècle. La *compositio*, le colonat, le prêt d'argent, le mariage, le *comes civitatis*, sont autant de sujets abordés et traités avec le même bonheur qui fait de M. Esmein un des plus grands favoris de la science.

Sans nous arrêter, malgré son attrait, à la dissertation sur *les baux perpétuels des formules d'Angers et de Tours*, notons, en terminant notre revue d'ensemble, l'étude finale, dans laquelle l'auteur porte son attention sur un *Traité de droit syro-romain du Ve siècle*, et nous indique que ce coutumier en langue syriaque, dont la traduction vient d'être publiée, nous permet de suivre les destinées du droit romain chez les populations de l'Orient.

Telle est l'œuvre de M. Esmein, œuvre d'une grande autorité, et qui, vraiment forte, et digne à tous égards de la science française, à laquelle elle fait le plus grand honneur, contribuera à asseoir d'une manière définitive la célébrité du jeune savant. L'impression générale qui s'en dégage est double : au point de vue de la multiplicité des thèses affrontées, d'abord, c'est que toutes les branches de la science sont solidaires les unes des autres; au point de vue de l'auteur, ensuite, c'est que nous possédons en M. Esmein un des esprits pourvus de l'érudition la plus profonde, la plus vaste et la meilleure qu'il soit possible de rencontrer. A l'étendue des connaissances, à l'art consommé des recherches historiques, aux brillantes qualités du style, à la sagacité et à la logique du raisonnement, aux mérites de pénétration et à la puissance d'investigation, à une personnalité enfin qui sait toujours rester

Digitized by Google

elle-même et s'affirmer, on devine un maître; à la lecture de chacun de ses écrits, on le reconnaît.

Fort au courant des progrès du droit moderne et des questions actuelles et pratiques qu'il ne cesse de soulever, — nous n'en voulons d'autre preuve que les savantes notes dont il enrichit le recueil de Sirey, — il donne ainsi le démenti le plus formel à ceux qui sont assez arriérés ou assez peu clairvoyants pour estimer qu'on oublie le présent à vivre dans la contemplation du passé.

Mais c'est surtout dans l'étude de la science de l'histoire que M. Esmein est passé maître et maître éminent. Tous ses travaux font foi de son goût et de son aptitude pour ce genre d'études. Son histoire de la procédure criminelle en France, couronnée par l'Académie des sciences morales et politiques, les recherches si curieuses auxquelles il s'est livré sur les contrats dans le très ancien droit français, les savantes annotations dont il a orné la nouvelle édition du magnifique travail de notre regretté Maître, M. Gide (*Etude sur la condition privée de la femme*), le livre dont nous venons de parler et dans lequel il se montre familier avec le droit public et le droit privé des Romains, avec leur droit criminel et administratif, et avec tout ce dont la littérature allemande a peuplé ces vastes domaines, avec l'épigraphie enfin qu'il connaît et possède à fond, voilà, en dehors de ses cours d'histoire générale du droit français et du droit canonique professé à la Faculté de droit de Paris et à l'École pratique des Hautes-Études, autant de témoignages irrécusables et brillants de notre assertion.

Et maintenant, qu'il nous soit permis, en guise de conclusion de cette appréciation d'ensemble, de formuler une espérance. Tout dernièrement, le Conseil général des Facultés, après avis conforme de la Faculté de droit de Paris, émettait le vœu que l'on transformât en chaire magistrale l'enseignement de l'histoire du droit français, donné aux élèves de licence, et dont M. Esmein est chargé. Sa place n'y est-elle pas depuis longtemps marquée? Et la nomination à cette chaire, ne fût-elle pas déjà pour lui le couronnement légitime de tant d'efforts accumulés, de tant de résultats heureux obtenus, de tant de labeurs incessants, que

Digitized by Google

l'habileté, d'accord ici avec la justice, conseillerait hautement de la lui offrir, pour le plus grand profit de tous.

P. LOUIS-LUCAS.

CODE EXPLIQUÉ DE LA PRESSE.

TRAITÉ GÉNÉRAL DE LA POLICE DE LA PRESSE ET DU DÉLIT DE PUBLICATION,

Par M. G. Barbier, avocat à la Cour de Paris [1],

Compte rendu par M. Gabriel Debacq, docteur en droit, avocat à la Cour de Paris.

M. G. Barbier, avocat à la Cour d'appel de Paris vient de publier chez Marchal et Billard, sous le titre de : « Code expliqué de la Presse », un traité général de la police de la Presse et des délits de publication.

C'est un livre excellent.

M. G. Barbier a fait œuvre de juriste sérieux. Il n'a pas, comme tant d'autres, estimé que le meilleur des commentaires était celui qui paraissait au lendemain même de la promulgation de la loi commentée. Il a compris que rien n'était pire que ces travaux hâtifs, compilation plus ou moins intelligente d'exposés de motifs, de rapports aux Chambres ou de discussions parlementaires, où la seule chose qui appartienne réellement à l'auteur est le nom qu'il y met.

M. Barbier a attendu cinq ans pour nous donner son explication de la loi du 29 juillet 1881, il a bien fait d'agir ainsi.

Il a consciencieusement étudié la loi non seulement dans ses précédents et dans son texte, mais aussi dans ses applications pratiques, consulté tous les jugements ou arrêts sur la matière, tous les articles de critique auxquels ces jugements ou arrêts ont pu donner lieu, et il a ainsi réussi à déterminer avec une précision et une netteté qu'on rencontre rarement aujourd'hui sous la plume des commentateurs, la portée et le sens juridique de chacun des articles de la législation dont il entreprenait l'étude. Tout en laissant aux documents, travaux préparatoires, jurispru-

[1] 2 vol. grand in-8°.

Digitized by Google

dence, etc., la place qui convenait. M. Barbier n'a pas entendu faire un de ces répertoires aujourd'hui à la mode où le lecteur trouve tout, excepté l'opinion raisonnée et personnelle de l'auteur. Il a estimé que sur la loi et sur les interprétations qui en ont été faites, le jurisconsulte avait droit de critique et d'appréciation.

M. Barbier n'est pas de ceux qui se croient obligés de s'incliner devant ce qu'il croit être une erreur, l'erreur eût-elle de son côté l'autorité de la Cour suprême. Sans prétendre comme d'Argentré que les arrêts jugent plutôt des hypothèses que des thèses, et tout en reconnaissant la haute importance qu'il convient d'attacher aux décisions de la Cour de cassation, notre auteur sait, quand il le faut, tenir tête à la chambre criminelle, et, tout compte fait, il pourrait bien se faire que M. Barbier finît sur certains points par avoir raison[1].

L'indépendance, en toutes choses, voir même en matière juridique, est une qualité de premier ordre. Cette qualité, entre bien d'autres, M. G. Barbier la possède au plus haut degré.

Il n'a, jusqu'à ce jour, été, sur le régime de la presse, rien fait de meilleur ni de plus complet.

Ce n'était pas chose facile que de mener à bonne fin pareille entreprise et de faire un bon livre à l'occasion d'une loi aussi mauvaise, disons-le, c'est la vérité vraie, que la loi de 1881. Il n'est pas aisé de légiférer en matière de presse. C'est entendu. Et si le législateur de 1881 a fait médiocre besogne, il a le droit, pour se défendre et à sa décharge, de plaider que ceux qui avant lui s'étaient engagés sur ce terrain dangereux n'avaient pas fait beaucoup mieux, à commencer par M. de Serres et les rédacteurs de la loi de 1819 : que ceux-ci aient fait médiocre besogne, soit. La presse porte malheur à quiconque s'occupe d'elle. Il faut toutefois reconnaître qu'il était difficile de faire pire que n'ont fait les Chambres de 1881.

Le législateur à venir devra faire de grands efforts quand il abrogera la loi de 1881 pour donner au pays une législation plus détestable.

[1] Citons spécialement la solide dissertation de M. Barbier sur les remises de causes et les effets d'icelles au point de vue de la prescription. C'est un morceau achevé de discussion juridique.

Digitized by Google

Sans doute il est presque impossible de rédiger une bonne loi avec les procédés actuels de préparation, de discussion et de vote. Un projet en plusieurs articles constitue, si médiocre qu'on le suppose, un tout auquel il importe de ne toucher qu'avec discrétion. L'ancien renvoi au Conseil d'Etat dont, sous l'Empire, on se moquait si fort, était en somme un excellent moyen d'éviter, dans la rédaction des lois, les discordances dont les textes votés en ces dernières années nous donnent presque toujours le lamentable spectacle.

Voici l'art. 1er d'une loi d'affaires que les Chambres ont accepté : cet article a pour corollaire un art. 10 ou un art. 15 qui le complète et lui donne sa portée véritable. L'art. 15 est rejeté, parce qu'il déplait à telle fraction de la Chambre, porte préjudice aux idées de tel groupe, ou simplement parce qu'il a le malheur d'être appuyé par quelque député ou quelque sénateur dont les opinions politiques déplaisent à la majorité. L'art. 1 subsiste cependant.

Voici le projet boiteux; voici le sens et la portée de la loi ou de quelques-unes de ses dispositions modifiés, compromis. On n'eût jamais songé à voter, avec leur rédaction primitive, les articles maintenus, si l'on avait eu la pensée que tout ou partie des autres articles dussent disparaître du texte définitif.

Il faudrait qu'après les discussions et les votes des assemblées délibérantes les projets issus de ces discussions et de ces votes fussent renvoyés à un comité de législation essentiellement extraparlementaire, chargé de coordonner, d'après les données fournies par les votes des Chambres, les dispositions diverses du projet amendé, de leur donner tournure, de traduire en langage juridique les formules courantes du patois parlementaire.

Tant qu'on n'aura pas recours à ce mode de procéder, qui concilie les prérogatives du parlement avec les besoins de la pratique et les intérêts du justiciable, on aura des lois comme les lois sur le divorce ou comme la loi de 1881 sur la Presse.

Soumis à un pareil travail de contrôle et de révision, le texte de cette dernière loi aurait pu comprendre encore l'article qui rend légitimes les provocations par la voie de la Presse non suivies d'effet, puisque telle a été la volonté de la majorité légifé-

Digitized by Google

rante, mais à coup sûr nous n'y trouverions pas, à côté de l'article qui fait bénéficier le diffamateur de la prescription de 3 mois, les dispositions inexplicables, — qui, l'assignation lancée dans les trois mois, rendent nécessaires, si l'affaire n'a pas reçu solution dans ce même délai, des réassignations successives ; — qui, au mépris de tous les principes, refusent à la citation régulière l'effet de suspendre le cours de la prescription pendant le temps qui s'écoule entre le jour de la signification et celui de la comparution à l'audience, et ne leur attribuent d'autre conséquence que de faire à nouveau courir, avant que la prescription soit acquise, un nouveau délai de trois mois, à compter du jour de sa date.

Jamais pareilles énormités n'auraient trouvé grâce devant un « Comité de rédaction » où auraient siégé, au lieu de gens faisant de la politique et rien que cela, étrangers et s'en faisant gloire à toutes les données du droit, des hommes rompus aux affaires, expérimentés et n'ayant eu d'autres préoccupations que de libeller avec clarté des textes raisonnables et raisonnés. La loi de 1881 n'est pas seulement une loi mal tournée, mal rédigée, mal comprise. Il semble qu'elle n'ait été faite qu'en vue de rendre presque impossibles au citoyen lésé ou vilipendé toutes poursuites contre le diffamateur de profession.

Que le fonctionnaire soit peu ou mal défendu par le législateur, de cela nous n'avons cure. Le fonctionnaire est et ne doit être que le serviteur du public. La fonction n'est pas obligatoire. Quiconque la recherche doit savoir qu'il aura, à raison du rôle qu'il recherche, traitement du rôle qu'il envie ou du pouvoir qu'il détient, critique à encourir et malveillance à essuyer. Qu'une loi sur la Presse cherche à rendre la critique s'adressant au fonctionnaire ou à l'homme public plus aisée et moins dangereuse, rien de mieux. Mais que le citoyen, le simple citoyen, qui n'émarge à aucun budget et n'a brigué aucun suffrage, que ce simple contribuable qui a à se plaindre d'une diffamation de droit commun, soit paralysé, dans ses efforts légitimes pour atteindre le diffamateur, par des dispositions du genre de celles que nous relevons dans la loi de 1881, c'est ce que nous ne saurions admettre.

Mieux vaut cent fois que cette loi hypocrite et sans énergie, mieux vaut le droit commun.

Digitized by Google

Les lois sur la Presse, en France, ont toujours été des lois de circonstance, votées d'entraînement par des majorités aveugles ou imposées au pays asservi par des gouvernements apeurés. La licence ou la répression à outrance, — le journaliste jouissant, comme l'a voulu le législateur de 1881, pour échapper à la responsabilité du mal qu'il a fait, de privilèges inexcusables; — le diffamateur protégé contre l'action de sa victime par des prescriptions d'une briéveté déraisonnable ou des exceptions savamment organisées par une législation complaisante, jouissant d'immunités spéciales refusées à son congénère, le délinquant de droit commun, installé sans péril au milieu d'articles de loi qui lui assurent ou peu s'en faut l'impunité — ou bien la Presse muselée et l'écrivain traqué comme une bête fauve. — La loi de 1881 ou les décrets de 1852 — il semble que, par une sorte de fatalité, en matière de Presse, le pouvoir législatif n'ait jamais su s'arrêter un seul jour sur le terrain du bon sens, de la modération, de la justice, de l'égalité pour tous.

Floquet avait raison. Pourquoi une loi sur la Presse ? Nous n'en avons pas besoin tous tant que nous sommes, société, ministère public ou simples particuliers. Avec un bon Code pénal l'application énergique et raisonnée des principes du droit commun en matière de complicité, quelques bons textes comme celui de la loi sur l'espionnage— (les journalistes ont-ils réfléchi jamais, aux conséquences que pouvait avoir un beau jour pour la Presse l'application de quelques articles de cette loi), — le pays n'a que faire d'une législation spéciale sur la Presse. Tous les délits commis par cette voie, et intéressant la chose publique pourraient être aisément poursuivis et sérieusement réprimés.

Quant aux particuliers, donnez-leur des tribunaux un peu moins chiches de dommages-intérêts, rétablissez la contrainte par corps pour assurer le recouvrement des condamnations, — la contrainte par corps avec travail forcé bien entendu, — usez comme il convient de l'art. 1382, et de l'art. 1384, C. civ. : condamnez comme coauteurs du préjudice ou comme responsables d'icelui le propriétaire du journal où aura paru un article portant atteinte à la considération d'un citoyen, le rédacteur en chef qui a laissé passer l'article incriminé, et l'imprimeur qui aura prêté ses ate-

Digitized by Google

liers, et les journaux cesseront bien vite d'ouvrir leurs colonnes aux révélations scandaleuses, aux calomnies ou aux médisances, aux indiscrétions voulues qui s'étalent sans vergogne aux yeux du lecteur démoralisé.

Si vous voulez faire, quand même, une loi spéciale à la Presse, soumettez quiconque entend commencer la publication de son journal, à l'obligation de déposer un cautionnement, que ce cautionnement soit destiné à assurer non pas le paiement d'amendes de Presse, mais le paiement de dommages-intérêts qui pourront être encourus, et que ce cautionnement soit complété toutes les fois que l'exécution d'une condamnation en aura diminué l'importance. Et cela remplacera avantageusement toutes les lois de 1819 à 1881, voire même la loi du 2 août 1882 et toute cette vieille ferraille législative qui n'a jamais servi de rien au pays.

Si bon, si bien fait que soit le livre de M. G. Barbier, il ne saurait nous faire trouver bonne la législation qu'il explique.

Mais, en résumé, mauvaise ou bonne, la loi de 1881 existe, et il faut s'incliner, pour un temps au moins, devant les 68 articles dont elle se compose. Nul ne saurait prétendre la bien connaître s'il n'a lu, relu et médité le « Code expliqué » de M. G. Barbier.

GABRIEL DEBACQ.

L'Editeur-Gérant : F. PICHON.

Paris. — Imp. F. PICHON, 30, rue de l'Arbalète, et 24, rue Soufflot.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

JURISPRUDENCE EN MATIÈRE DE DROIT MARITIME ET DE DROIT INDUSTRIEL

(Année judiciaire 1885 - 1886),

Par M. Ch. Lyon-Caen,
Professeur à la Faculté de droit de Paris et à l'École des sciences politiques.

§ 1er. — DROIT MARITIME.

ABORDAGE. — DISPARITION DU CAPITAINE. — SECOND. — Cour de Douai, 5 juillet 1886[1].

Les art. 435 et 436, C. com., établissent une fin de non-recevoir contre les actions en indemnité dérivant d'un abordage maritime. Aux termes de ces articles, toutes actions en indemnité pour dommages causés par l'abordage dans un lieu où le *capitaine* a pu agir, sont non-recevables, s'il n'a point fait de réclamation. Ces protestations et réclamations sont nulles si elles ne sont faites et signifiées dans les 24 heures, et si, dans le mois de leur date, elles ne sont suivies d'une demande en justice.

Dans l'espèce, le propriétaire du navire abordeur actionné en indemnité par divers intéressés opposait une fin de non-recevoir fondée sur ce qu'il n'avait pas été fait de réclamation dans les 24 heures. Les intéressés répliquaient que la fin de non-recevoir n'était pas applicable parce que le *capitaine* avait péri dans l'abordage et que les art. 435 et 436 n'imposent pas au *second* qui le remplace l'obligation de réclamer et de signifier sa réclamation dans les 24 heures à peine de déchéance des personnes lésées. La Cour de Douai a, en effet, écarté la fin de non-recevoir. Elle se fonde sur ce que les art. 435 et 436, C. com., visent seulement le *capitaine* et sont absolument muets en ce qui concerne le *second* venant à remplacer le capitaine ; selon la Cour de Douai, ce silence évidemment volontaire, marque l'intention du législateur de faire une différence entre le capitaine et le second du

[1] *Revue internationale de droit maritime*, 1886-87, p. 258; *Journal de Marseille*, 1886. 2. 9.

Digitized by Google

navire ; le capitaine peut être soumis à des obligations plus étroites, il réunit des qualités particulières requises par les lois et ordonnances, alors que le second n'est souvent qu'un homme de l'équipage. La Cour de Douai ajoute que « la déchéance pro-« noncée par l'art. 436, C. com., est une exception au droit « commun, dont l'application ne peut être étendue par analogie ; « qu'elle doit, au contraire, être strictement renfermée dans ses « termes, c'est-à-dire au cas où *le capitaine*, pouvant agir, a « laissé passer 24 heures sans protester ni signifier. »

Nous ne pouvons approuver cette décision de la Cour de Douai. Sans doute les art. 435 et 436, C. com., édictent une fin de non-recevoir sévère, d'une rigueur même excessive en ce que la négligence du capitaine peut, d'après ces articles, compromettre les droits de tous les autres intéressés, notamment des chargeurs. Sans doute aussi ces articles ne visent expressément que le cas où le *capitaine* n'a pas protesté et signifié sa protestation dans les 24 heures. Mais rien de tout cela ne nous paraît impliquer que la fin de non-recevoir des art. 435 et 436 doit être écartée quand, le capitaine ayant été tué ou blessé dans l'abordage, c'est le *second* qui a négligé de se conformer à ces dispositions.

Le second est, quand il est appelé à remplacer le capitaine, substitué à ses obligations comme à ses pouvoirs. Le silence gardé par les art. 435 et 436, C. com., ne serait probant dans le sens de l'arrêt de la Cour de Douai que si d'ordinaire le Code de commerce prenait soin dans certaines dispositions de mentionner le second à côté du capitaine. On en conclurait logiquement alors que là où le capitaine est seul mentionné, le législateur a entendu ne pas disposer pour le second. Mais il n'y a rien de pareil. Le Code de commerce ne parle jamais du second, il vise toujours le capitaine seul. Force est bien pourtant d'appliquer au second toutes les dispositions qui détermineront les obligations et les droits du capitaine. Autrement on ne saurait ni ce que doit ni ce que peut faire le second. — Il est vrai que les lois n'exigent pas du second les mêmes conditions de capacité que du capitaine. C'est là une lacune fâcheuse dans nos lois [1] ; c'est le résultat d'un oubli dont il n'y a à tirer aucune conséquence.

[1] Lyon-Caen et Renault, *Précis de droit commercial*, II, n° 1782.

Digitized by Google

La fin de non-recevoir des art. 435 et 436 produit des résultats parfois rigoureux et choquants. On peut et on doit désirer sa suppression. Mais, tant que ces dispositions subsistent, on ne saurait, pour en restreindre l'application, y introduire des distinctions arbitraires. C'est ce qu'a fait la Cour de Douai. M. de Courcy, qui n'a certes pas trop de tendresse pour cette fin de non-recevoir, paraît bien être de notre avis. Dans un article publié récemment [1], il dit : « Ceci est peut-être peu juridique. C'est « de l'interprétation bienveillante pour les tiers. » Puis il montre à quel résultat singulier conduit la doctrine consacrée par la Cour de Douai. « Voilà donc que les tiers ont tout intérêt à ce que « le capitaine ait péri. Réjouissons-nous, pourra dire à sa table « de famille le chargeur troublé de l'annonce de la perte de ses « marchandises, j'apprends que le capitaine a été noyé. Il aurait « peut-être été négligent. Grâce à cet événement providentiel, « je suis rassuré, je n'ai plus à craindre les fins de non-recevoir « des tribunaux. — On me pardonnera de trouver étrange ce « résultat juridique. C'est la jurisprudence. » — Ces réflexions humoristiques sont très justes. Les mots qui les terminent sont seuls inexacts. Ce n'est pas la jurisprudence, c'est seulement la décision de la Cour de Douai. Il n'est pas probable que ni la Cour de cassation, ni d'autres Cours d'appel suivent son exemple.

ASSURANCE MARITIME. — NÉGLIGENCE DE L'ASSURÉ. — FIN DE NON-RECEVOIR. — ARTICLE 2037 DU CODE CIVIL. — Ch. civ., 2 mars 1886 [2].

D'après une tradition très ancienne, il est admis, en matière d'assurance maritime [3], que l'assureur est subrogé légalement à l'assuré et peut, en vertu de cette subrogation, agir contre les tiers responsables du dommage à raison duquel l'assureur a dû payer une indemnité à l'assuré. A cette subrogation légale de l'assureur se rattache la difficulté tranchée par notre arrêt : l'assureur peut-il se prévaloir contre l'assuré de la fin de non-recevoir de l'art. 2037, C. civ., et se dire, en conséquence, libéré

[1] *Revue internationale de droit maritime*, 1886-87, p. 123 et 124, et *Questions de droit maritime* (4e série).

[2] *Journal du Palais*, 1887. 1. 25; *Recueil de Sirey*, 1887. 1. 17.

[3] La question est discutée en matière d'assurances terrestres.

Digitized by Google

envers lui, quand l'assuré a perdu ses droits contre les tiers responsables du dommage arrivé par leur faute, de même que la caution est libérée envers le créancier qui par son fait a perdu ses droits contre le débiteur principal ? Dans l'espèce, il s'agissait d'une assurance sur facultés, l'assuré n'avait pas agi conformément aux art. 435 et 436, C. com., contre le capitaine ou l'armateur responsable des avaries des marchandises, il était donc déchu de droit d'agir contre eux. L'assureur se prévalant de l'art. 2037, C. com., alléguait qu'il était libéré envers l'assuré à raison de ce que celui-ci avait par son fait rendu impossible la subrogation à ses droits contre le capitaine et contre l'armateur. La Chambre civile a admis que l'art. 2037, C. civ., est sans application à l'assurance maritime et écarté la fin de non-recevoir opposée par l'assureur. Nous nous rangeons à cette opinion.

On faisait valoir cependant en faveur de l'application de l'article 2037, C. civ., à l'assurance maritime des arguments tout au moins spécieux. Nous ne saurions le nier ; car nous avons été nous-même séduit et convaincu par eux [1]. Voici, en résumé, quelle était l'argumentation du pourvoi :

Le bénéfice de la fin de non-recevoir établie par l'art. 2037 n'appartient sans doute pas à tous ceux qui ont droit à la subrogation légale. Il n'est accordé qu'à la caution et doit être refusé notamment an débiteur solidaire. Cela toutefois n'implique pas que le bénéfice de l'art. 2037 doive être refusé à l'assureur. Il y a, en effet, entre l'assurance et le cautionnement la plus grande ressemblance. Ces deux contrats sont des contrats de garantie : l'assureur garantit l'assuré contre les dommages éventuels comme la caution garantit le créancier contre l'insolvabilité possible du débiteur principal. Cette solution est d'ailleurs très équitable. Elle se justifie particulièrement dans le cas très fréquent où (comme dans l'espèce) l'assureur a garanti la baraterie de patron.

Il nous semble facile de répondre à ces arguments. L'art. 2037, C. civ., prononce une déchéance ; il est, par suite, de droit étroit et ne peut être étendu par voie d'analogie. D'ailleurs, entre un assureur et une caution il y a des différences assez notables et ces différences expliquent qu'en droit l'assureur ne soit pas traité

[1] Lyon-Caen et Renault, *Précis de droit commercial*, t. II, n° 2246.

Digitized by Google

comme une caution, notamment au point de vue de la fin de non-recevoir dont il s'agit. Le cautionnement est un contrat accessoire se rattachant au contrat d'où est née la dette principale garantie. En outre, le plus souvent la caution rend au débiteur principal un service purement gratuit. A ce titre la caution est très digne d'intérêt et le législateur lui accorde des bénéfices variés. — L'assurance est, au contraire, un contrat indépendant, et l'assureur ne rend pas à l'assuré un service gratuit, puisqu'il reçoit de celui-ci une prime. — Par suite, on peut supposer (c'est ce que fait la loi) que la caution ne se serait pas obligée si elle n'avait pas compté sur la subrogation aux droits du créancier et il est équitable de la déclarer libérée quand, par le fait du créancier, cette subrogation est devenue impossible. Le même raisonnement ne peut être tenu à l'égard de l'assureur : la subrogation aux droits de l'assuré est sans doute fort avantageuse pour lui ; elle n'a pas pu être la cause déterminante de son engagement. Ce que l'assureur prend en considération c'est la prime fixée d'après la probabilité de la réalisation des risques. Du reste, les risques que l'assurance a pour objet peuvent se réaliser par suite d'un cas fortuit et alors l'assuré n'ayant de droit contre aucun tiers, on ne peut parler de subrogation. Comment l'assureur peut-il dire qu'il a compté sur elle et que sans cela il n'aurait pas conclu le contrat ?

Sans doute le fait que la police contient une clause mettant la baraterie de patron à la charge de l'assureur implique que les parties ont pensé au cas où un risque se réaliserait par suite d'une faute du capitaine. Mais cette clause si usuelle ne change pas la nature du contrat d'assurance. Malgré elle c'est toujours, à la différence du cautionnement, un contrat principal dans lequel l'assureur ne rend pas à l'assuré un service gratuit ; l'assureur ne devient pas une caution garantissant l'efficacité des recours de l'assuré contre le capitaine. Le seul effet de cette clause est d'assimiler, au point de vue de la responsabilité de l'assureur, les dommages provenant de la faute du capitaine à ceux qui résultent d'un cas forfuit.

Le pourvoi se fondant exclusivement sur une prétendue violation de l'art. 2037, C. civ., la Chambre civile devait le rejeter. Mais il ne faut pas conclure de son arrêt que l'assureur maritime

Digitized by Google

ne peut pas échapper à toute respousabilité en prouvant que l'assuré a rendu, par son fait, sa subrogation impossible aux droits de l'assuré contre les tiers. L'assuré n'est pas obligé seulement de payer la prime; il est encore tenu de plusieurs obligations, notamment d'agir en cas de sinistre comme si l'assurance n'existait pas, c'est-à-dire de faire tout ce qui est en lui pour restreindre le dommage dans les limites les plus étroites possibles. C'est en vertu de cette obligation générale que l'assuré doit, d'après l'art. 381, travailler au sauvetage des effets naufragés. Si l'assuré ne travaille pas au sauvetage ou n'y travaille que d'une façon insuffisante, il est responsable envers l'assureur et l'indemnité à laquelle il a droit contre celui-ci peut être, par suite, diminuée.

Ce que le Code dit du sauvetage n'est qu'une application de l'obligation générale de l'assuré. De cette obligation il est naturel de déduire que l'assuré doit, en cas de sinistre, remplir toutes les formalités nécessaires pour conserver ceux de ses droits qui sont destinés à passer à l'assureur par l'effet de la subrogation. L'assuré contribue ainsi à diminuer l'indemnité qui lui est dûe par l'assureur; ce que l'assuré touche des tiers auteurs du dommage vient en déduction de cette indemnité. Des Codès étrangers plus récents que le Code français ont eu le soin d'indiquer l'obligation générale de l'assuré que nous venons de mentionner et d'en déduire cette conséquence que l'assuré doit remplir toutes les formalités nécessaires pour la conservation des droits qui doivent passer à l'assureur. (Loi belge sur les assurances du 11 juin 1874 (art 17); loi belge sur le commerce de mer, du 21 aout 1879 (art. 221). D'ailleurs, à défaut de texte légal formel, des polices contiennent des clauses ayant précisément cette portée. Ainsi l'art. 30, 2e alin., de la police française d'assurance sur corps et l'art. 19, 3e alin., de la police d'assurance sur facultés, disposent : « L'assuré est responsable de sa négligence « à prendre les mesures de conservation, ainsi que des obstacles « qu'il apporterait à l'action des assureurs. » Nous avons eu la grande satisfaction de voir un homme d'une autorité considérable en matière de droit maritime, M. de Courcy [1], appuyer l'o-

[1] *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1887, p. 315 et *Questions de droit maritime* (4e série).

Digitized by Google

pinion que nous venons de défendre et que nous avions déjà développée dans des recueils de jurisprudence[1].

Il est évident que l'assureur ne peut reprocher à l'assuré sa négligence et faire, par suite, écarter en tout ou en partie la demande de celui-ci qu'autant que cette négligence a préjudicié à l'assureur. Il y a bien des cas où il n'y aura pas préjudice, en effet il est généralement admis que l'assureur a, en vertu des art. 1382 et 1383, C. civ., de son chef et indépendamment de toute subrogation, des actions directes en dommages-intérêts contre les tiers qui, par leur faute, ont causé le dommage à raison duquel l'assuré a obtenu une indemnité de l'assureur [2]. Toutes les fois que l'assureur a ainsi une action de son chef, l'assureur n'éprouvant pas de préjudice par suite de la négligence de l'assuré, ne pourra pas s'en prendre à celui-ci. Mais il y a bien des cas où il n'en est pas ainsi et où l'assureur ne peut avoir contre les tiers que des actions qui lui sont transmises en vertu de la subrogation. On peut d'une façon générale indiquer les cas suivants :

a. Il y a des cas dans lesquels l'assureur est privé du droit d'agir même de son chef en vertu des art. 1382 et 1383 contre l'auteur du dommage par cela même que l'assuré (ou la personne qui le représente), a, par sa négligence perdu ses actions contre celui-ci. C'est là ce qui se présente en cas d'abordage. Il résulte, en effet des art. 435 et 436, C. com., que l'omission par le capitaine du navire abordé à remplir les formalités prescrites par ces articles dans les délais qu'ils déterminent rend non recevables *toutes* les actions des personnes lésés par l'abordage, en conséquence aussi bien l'action de l'assureur que celle du chargeur assuré.

b. Comme nul n'est, en principe, tenu d'agir dans l'intérêt des personnes avec lesquelles il n'a pas contracté, l'application des art. 1382 et 1383, C. civ., suppose un fait actif nuisible à autrui et non une simple omission. Il se peut, par suite, qu'un tiers responsable envers l'assuré à raison de fautes consistant *in*

[1] *Journal du Palais*, 1887. 1. 25 et *Recueil de Sirey*, 1887. 1. 17.

[2] V. sur ce point nos examens doctrinaux, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1882, p. 524 et suiv., 1883, p. 641 et 642 ; 1886, p. 351.

Digitized by Google

omittendo parce qu'il est obligé contractuellement, ne soit pas tenu directement envers l'assureur. Ainsi des marchandises sont, en vertu d'un contrat d'affrétement, transportées par mer, le capitaine a négligé de leur donner les soins nécessaires à leur conservation, sans qu'il y ait aucun fait actif à lui reprocher. Le capitaine est sans doute tenu contractuellement envers l'affréteur de l'indemniser; il ne saurait l'être envers l'assureur des marchandises.

HYPOTHÈQUE MARITIME. — DÉGRADATION PAR VÉTUSTÉ. — REMBOURSEMENT IMMÉDIAT. — Tribunal de commerce du Havre, 4 juillet 1885 [1].

La question résolue par le tribunal de commerce du Havre se rattache à une difficulté générale qui se présentait sous l'empire de la loi du 10 décembre 1874 relative à l'hypothèque maritime et qui se présente encore aujourd'hui sous la loi du 10 juillet 1885 remplaçant la précédente. Cette difficulté générale peut se formuler ainsi : dans le silence de la loi sur l'hypothèque maritime, les dispositions du Code civil sur l'hypothèque terrestre doivent-elles être appliquées ?

Dans l'espèce il s'agissait de savoir si l'art. 2131, C. civ., est applicable à l'hypothèque maritime. Plusieurs steamers avaient été hypothéqués à la garantie d'une dette de 20.000 fr. La chaudière de l'un d'eux ayant été enlevée pour cause de vétusté et la coque ayant été déchirée et démolie, les autres navires hypothéqués étaient insuffisants pour garantir la dette. Le créancier réclamait le remboursement immédiat. Mais à cette réclamation le débiteur répondait que la diminution du gage résultait d'un cas de force majeure, la vétusté d'un des navires hypothéqués, non de son fait, qu'en conséquence cette diminution ne devait pas avoir pour effet de rendre la dette exigible. Par application de l'article 2131, C. civ., le tribunal de commerce du Havre a décidé qne le débiteur n'offrant aucune garantie supplémentaire suffisante, ne pouvait continuer à jouir du bénéfice du terme.

Nous avons le plus grand doute sur l'exactitude de cette solution. Elle implique que les dispositions du Code civil doivent

[1] *Journal de jurisprudence commerciale et maritime de Marseille*, 1886. 2. 118.

Digitized by Google

d'une façon absolue servir à compléter la loi sur l'hypothèque maritime. On concevrait assurément que le législateur soit de 1874, soit de 1885 eût adopté ce système. Il l'a été en Belgique; à la Chambre des représentants, à propos de l'art. 140 de la loi du 21 août 1879 sur le commerce de mer, de nombreux orateurs ont déclaré que la loi belge du 16 décembre 1851 sur les hypothèques terrestres doit servir à compléter les dispositions relatives à l'hypothèque maritime. Mais rien n'indique que telle ait été la volonté du législateur français. Tout au contraire la reproduction textuelle dans les lois de 1874 (art. 13) et de 1885 (art. 13) de dispositions du Code civil paraît impliquer que le législateur a eu une intention contraire. A défaut de renvoi formel fait par la loi spéciale, on ne peut étendre à l'hypothèque maritime *toutes* les dispositions du Code civil. Cette extension n'est possible que pour celles de ces dispositions qui sont conformes aux principes généraux du droit et qui ne sont pas en contradiction avec les règles du droit maritime.

La question, qui se posait dans l'espèce revenait donc, en définitive, à celle-ci : l'art. 2131, C. civ., est-il l'application des principes généraux du droit et n'est-il pas contraire aux règles du droit maritime? Il n'est pas douteux que l'art. 2131, C. civ., n'est en rien contraire aux règles du droit maritime. Mais il est certain, par contre, qu'il renferme une dérogation aux principes généraux du droit. Le débiteur est, d'après le droit commun contenu dans l'art. 1188, C. civ., déchu du bénéfice du terme quand, *par son fait*, les sûretés fournies par lui à son créancier sont devenues insuffisantes. Mais le droit commun n'admet point la déchéance du terme quand l'insuffisance des sûretés se produit par suite d'un cas fortuit. L'art 2131, C. civ. [1], décide que le débiteur est déchu du bénéfice du terme, s'il ne fournit pas un supplément de garantie, quand l'immeuble hypothéqué est devenu insuffisant *par cas fortuit*. Il y a là une disposition dérogatoire au droit commun; elle est quelque peu rigoureuse pour le débiteur; on ne peut l'étendre à l'hypothèque maritime [2] plus qu'on ne l'étend au gage.

[1] L'art. 2020 contient une disposition analogue pour le cautionnement.

[2] L'auteur de cet article a eu l'occasion de traiter une question analogue

Digitized by Google

HYPOTHÈQUE MARITIME. — APPORT DANS UNE SOCIÉTÉ ÉTRANGÈRE. — ASSOCIATION EN PARTICIPATION. — APPORT DU SIMPLE USAGE. — Cour d'Aix, 23 fév. 1886[1].

L'aliénation d'un navire français grevé d'hypothèques peut compromettre gravement les droits des créanciers hypothécaires, si par suite de cette vente le navire devient étranger. L'exercice des droits de ces créanciers peut alors être rendu très difficile, sinon impossible. Aussi la loi du 10 juillet 1885 (art. 33) interdit *la vente volontaire faite à un étranger d'un navire français grevé d'hypothèque. Tout acte fait en fraude de cette disposition est nul et rend le vendeur passible des peines portées par l'article 408, C. pén.*

En fait, la société Morelli et Cie avait hypothéqué plusieurs de ses navires à la Compagnie houillière de Bessèges. Cette compagnie reprochait à Morelli et Cie d'avoir porté atteinte à ses droits de créancier hypothécaire et d'avoir fait un acte entaché de nullité en formant le 11 juillet 1885, avec un sieur Marcelin, la société des bateaux à vapeur haïtiens ayant pour but l'exploitation de commerce d'une ligne de service régulier sur les différents points de la côte haïtienne. La Cour d'Aix, confirmant un jugement du tribunal de commerce de Marseille [2], a repoussé cette demande.

Les questions diverses résolues par la Cour d'Aix à cette occasion méritent d'attirer l'attention. Elles se rattachent en grande partie aux principes généraux du droit sur les sociétés.

La Cour reconnaît bien que l'apport d'un navire hypothéqué à une société étrangère, quand il a pour objet la propriété du navire et quand la société constitue une personne morale, tombe sous le coup de l'art. 33 de la loi du 10 juillet 1885. Sans doute la loi de 1885 parle d'une vente et, il n'y a pas là une vente ; il y en a du moins l'équivalent : la propriété du navire passant, par suite de l'apport qui en est fait, à une personne civile étrangère, le navire cesse d'être français et les inconvénients graves

à propos de l'hypothèque constituée sur un navire en pays étranger. V. *Etudes de droit international privé maritime*, p. 27 et s. ; *Journal du Palais*, 1880. 1 ; *Sirey*, 1880. 1. 257. 603.

[1] *Journal de Marseille*, 1886. 1. 115.

[2] Jug. du 23 nov. 1885, même journal, 1886, p. 41.

Digitized by Google

auxquels la loi a voulu parer en interdisaut la vente faite à un étranger, se présentent.

Mais cette solution n'est plus exacte quand la société à laquelle le navire est apporté est une participation. Alors il n'y a pas une personne civile distincte des associés devenant propriétaire du navire et l'on doit supposer que les participants conservent la propriété du navire et n'ont voulu qu'en mettre l'usage en commun. Le navire ne changeant pas de propriétaire garde sa nationalité française. Dès lors l'art. 33 de la loi du 10 juillet 1885 doit rester sans application.

Toutes ces solutions sont excates. Il faudrait toutefois bien se garder de leur attribuer une portée absolue. Il est possible que la volonté d'associés en participation soit de se transférer réciproquement la propriété même de leurs apports dont ils deviennent alors copropriétaires. En semblable cas, si un navire français grevé d'hypothèque est apporté dans une participation et devient pour plus de moitié la propriété de participants étrangers, il cesse d'être français et dès lors l'apport est nul comme fait en violation de la loi du 10 juillet 1885 (art. 33).

MARIN BLESSÉ A BORD. — ARMATEUR. — RESPONSABILITÉ. — Req. rej. 31 mai 1886[1].

Le Code de commerce contient de nombreuses dispositions sur l'engagement des gens de mer (art. 250 à 272); il prévoit la plupart des accidents pouvant survenir durant le voyage et détermine leurs effets sur les obligations de l'armateur et des gens de mer. Il s'en faut cependant qu'il ait résolu toutes les questions qui peuvent s'élever à propos de ce contrat maritime. La Cour de cassation a eu à examiner deux questions relatées à ce contrat dont l'une est spéciale à l'engagement des gens de mer et dont l'autre, qui s'élève à propos de tout louage de services, a donné naissance, dans les dernières années, à de vives discussions.

D'après l'art. 262, C. com., le matelot ou le capitaine (art. 272) qui tombe malade pendant le voyage ou qui est blessé au service du navire, est payé de son loyer, traité et pansé aux dépens du navire. Il se peut que les loyers et les frais de traitement et de

[1] *Revue internationale de droit maritime*, 1886-87, p. 130; *Journal du Palais*, 1887. 1. 508; *Recueil de Sirey*, 1887. 1. 209.

Digitized by Google

pansement ne rendent pas le marin complétement indemne du dommage qu'il a souffert. (Dans l'espèce, la blessure du capitaine lui avait causé une incapacité permanente de travail). Le marin peut-il alors obtenir des dommages-intérêts en sus de ceux que fixe l'art. 262? L'affirmative a été avec raison admise par la Chambre des requêtes. En dehors de la navigation maritime, le travailleur blessé dans son travail peut obtenir une indemnité proportionnée au dommage souffert, sans qu'aucun maximum soit fixé par la loi. Il serait exorbitant qu'un maximum existât pour les gens de mer. Cela serait d'autant plus inexplicable que nos lois accordent d'ordinaire aux gens de mer une foule de faveurs dont ne jouissent pas les autres ouvriers.

Cette solution incontestable donne naissance à une question de preuve qu'a résolue également la Chambre des requêtes. Il est certain que l'armateur doit, en vertu de l'art. 262, C. com., les loyers, les frais de traitement ou de pansement au marin tombé malade durant le voyage ou blessé au service du navire, sans avoir à prouver l'existence d'une faute à la charge de l'armateur. Bien plus celui-ci ne pourrait pas échapper à l'obligation de payer ces loyers et ces frais, même en prouvant qu'il est exempt de toute faute. Il y a là une grande faveur faite aux gens de mer. On peut la rattacher à l'idée suivante : les salaires des gens de mer sont modiques, on ne doit pas supposer qu'ils aient entendu se soumettre à supporter la perte de leurs loyers et les frais de traitement, en cas de maladie contractée pendant le voyage ou de blessure reçue au service du navire. C'est, du reste, notamment par une interprétation de volonté analogue qu'on explique l'obligation mise à la charge de l'armateur, même en cas de naufrage, de payer les frais de rapatriement.

Il est évident que ce qui vient d'être dit n'est pas vrai des dommages-intérêts supplémentaires dus en sus des loyers et des frais de traitement ou de pansement. Ces dommages-intérêts ne peuvent pas, d'après les principes généraux du droit qui seuls les régissent, être dus quand la maladie ou la blessure du marin provient d'un cas fortuit. Mais à qui incombe la preuve : est-ce au marin à prouver la faute de l'armateur, n'est-ce pas plutôt à l'armateur à faire la preuve du cas fortuit? Cette question de

Digitized by Google

preuve doit être tranchée à l'aide des principes généraux applicables au louage de services. Mais il est fort difficile de dire quels sont ces principes. On sait quelle vive controverse s'est précisément élevée dans les derniers temps sur le point de savoir à qui du patron ou de l'ouvrier incombe la preuve en cas d'accident de travail. La *Revue critique* a publié sur ce point plusieurs articles; les travaux publiés sur cette question ne se comptent plus. Nous n'y reviendrons pas à notre tour; nous nous bornerons, en signalant la solution contenue dans l'arrêt de la Chambre des requêtes, à faire quelques observations sur sa portée.

La Chambre des requêtes décide que les gens de mer, qui réclament des dommages-intérêts en sus des loyers et des frais de traitement ou de pansement, doivent prouver la faute de l'armateur. Pour justifier cette décision, l'arrêt se fonde, non sur des règles particulières de droit maritime, mais sur les principes généraux, qui, d'après la Chambre des requêtes, régissent le louage de services; le pourvoi visait, dans l'un de ses moyens, les art. 1708 et 1709, C. civ., et alléguait que la Cour d'Alger les avait violés en exigeant la preuve de la faute de l'armateur [1].

MARINS ÉTRANGERS. — SAISISSABILITÉ DES SALAIRES. — Trib. civ. du Havre, 7 avril 1886 [2].

Pour compenser les charges autrefois très lourdes résultant de l'inscription maritime et pour engager les populations du littoral à se vouer à la pénible et dangereuse profession de la navigation maritime, nos lois font aux gens de mer de nombreuses faveurs. L'une d'elles consiste dans l'insaisissabilité de leurs salaires consacrée par une ordonnance du 1er novembre 1745 [3]. S'applique-t-elle aux salaires des gens de mer étrangers? La question se posait dans l'espèce suivante :

Le navire autrichien *Rubens*, capitaine Savaldelli, sujet italien, ayant été saisi et vendu au Havre, une distribution par contribu-

[1] V. d'autres observations sur cet arrêt dans la note que nous avons publiée. *Journal du Palais* et *Recueil de Sirey*, *loc. citat.*

[2] *Revue internationale du droit maritime*, 1886-87, p. 314.

[3] *Règlement de* 1886 *sur l'administration des quartiers maritimes*, article 58.

Digitized by Google

tion du prix de vente fut ouverte au greffe du tribunal civil. Des créanciers du capitaine produisirent à la distribution sur les collocations qui seraient obtenues par le capitaine qui avait produit lui-même, tant pour ses salaires que pour diverses sommes par lui avancées. Le règlement provisoire avait, en effet, admis les créanciers du capitaine en sous-ordre sur les collocations qu'il avait obtenues. Un contredit fut élevé par le capitaine et il soutint notamment à l'appui que les collocations en sous-ordre devaient être écartées, à raison de ce que les salaires des gens de mer étant insaisissables, ne pouvaient faire l'objet d'aucune attribution ayant pour effet d'empêcher ceux-ci de les toucher. Le tribunal civil du Havre, a, au contraire, reconnu la validité des collocations. Il s'est fondé avec raison sur ce que la faveur de l'insaisissabilité ne doit profiter qu'aux marins français. Les avantages divers accordés aux gens de mer sont établis dans l'intérêt du développement de notre marine et en retour des charges que l'inscription maritime fait peser sur nos gens de mer.

NAVIRE. — COPROPRIÉTÉ. — CRÉANCIER. — LIMITE DU DROIT DE SAISIE. — Ch. civ. cass., 31 mars 1886 [1].

Les navires, à raison de leur grande valeur, appartiennent souvent par indivis à plusieurs copropriétaires. Chacun de ceux-ci peut avoir des créanciers personnels. Les créanciers chirographaires d'un copropriétaire ne peuvent, en principe, saisir et faire vendre en justice que la part de copropriété de leur débiteur. Mais il est certain que lorsque cette part atteint une certaine importance, les créanciers d'un copropriétaire peuvent saisir et faire vendre le navire entier. La difficulté est seulement de déterminer quelle doit être l'importance de cette part pour que ce droit appartienne aux créanciers d'un copropriétaire. Suffit-il qu'elle soit de la moitié ou faut-il qu'elle dépasse la moitié? La Cour de Douai avait admis la première solution, la Chambre civile admet la seconde, et nous nous rangeons à cette dernière opinion.

La difficulté naît de deux dispositions de l'art. 220, C. com.

[1] *Revue internationale du droit maritime*, 1886-1887, p. 7; *Journal de Marseille*, 1886. 2. 183.

Digitized by Google

D'un côté l'art. 220, 1er al., décide qu' « en tout ce qui con-
« cerne l'intérêt commun des propriétaires d'un navire, l'avis de
« la majorité est suivi. » D'un autre côté, l'art. 220, 2e al., admet que la licitation peut être demandée par des propriétaires formant ensemble la moitié de l'intérêt total dans le navire. La Cour de Douai se fondant sur la disposition relative à la licitation en avait conclu que le créancier d'un copropriétaire de moitié pouvait saisir le navire entier. Il y avait là une véritable confusion : autre chose est la licitation et autre chose la saisie. La licitation d'un bâtiment de mer peut être désirable par suite du défaut d'entente entre les copropriétaires. D'après les principes du droit commun (art. 815, C. civ.), chaque copropriétaire même de la part la plus minime devrait pouvoir demander la licitation. Le législateur a écarté en matière maritime la règle que nul n'est tenu de demeurer dans l'indivision; mais il n'a pas cru pouvoir aller jusqu'à exiger que celui qui réclame la licitation soit propriétaire de plus de la moitié du navire. Le créancier d'un copropriétaire pourrait assurément provoquer la licitation du navire, par application de l'art. 1166, C. civ. Exerçant le droit de son débiteur, ce créancier pourrait agir par cela seul que son débiteur serait propriétaire de la moitié du navire. Mais il ne s'agissait pas dans l'espèce d'un créancier demandant la licitation au nom de son débiteur; il s'agissait d'un créancier prétendant saisir le navire et le faire vendre en entier, exerçant, par conséquent, un droit propre. A défaut de disposition spéciale, il est naturel de s'en tenir à la règle générale de l'art. 220, 1er al. La prépondérance est reconnue à la majorité pour ce qui concerne l'intérêt commun du navire, et la majorité se détermine par une portion d'intérêt dans le navire excédant la moitié. Un copropriétaire n'ayant pas dans le navire une portion dépassant la moitié ne peut, en s'obligeant, conférer à un créancier le droit de saisir et de faire vendre le navire entier. Du reste, si l'on admettait que le créancier du copropriétaire de moitié peut saisir le navire, on arriverait à une conséquence vraiment choquante. Cette solution ne serait possible que pour les créanciers chirographaires. Car, pour les créanciers hypothécaires, la loi du 10 juillet 1885 (art. 17) reproduisant, du reste, sur ce point une

Digitized by Google

disposition de la loi du 10 décembre 1874 (art. 18) décide que, pour qu'ils aient le droit de saisir et de faire vendre le navire entier, il faut qu'ils aient hypothèque sur plus de la moitié du navire. On serait ainsi, dans l'opinion contraire à la nôtre, amené, comme le fait remarquer l'arrêt de la Chambre civile, à ce bizarre résultat que les créanciers chirographaires seraient plus favorisés que les créanciers hypothécaires.

BATIMENT DE RIVIÈRE. — PRIME D'ASSURANCE. — PRIVILÈGE. — Trib. de commerce de la Seine, 5 juin 1886 [1].

L'art. 191-10°, C. com., accorde un privilège à l'assureur sur le navire assuré pour garantie de la prime. Cette disposition s'applique certainement à l'assureur d'un bâtiment de mer ; mais faut-il aussi reconnaître un privilège pour la créance de la prime à l'assureur d'un bâtiment de rivière? Le tribunal de la Seine ne l'admet pas. Cette doctrine nous semble à l'abri de toute critique sérieuse. Les dispositions du livre II de notre Code de commerce sont faites exclusivement, comme l'indique la rubrique de ce livre (*Du commerce de mer*), pour les bâtiments de mer. Du reste, les privilèges sont de droit étroit et ne peuvent être étendus par voie d'assimilation ou d'analogie. Il est vrai que quelques décisions judiciaires ont vu dans le privilège de l'assureur maritime une simple application du privilège accordé par l'art. 2102-3°, C. civ., pour les frais de conservation [2]. Si cette idée était exacte, on devrait en conclure que, sinon en vertu de l'art. 191-10°, C. com., du moins de l'art. 2102-3°, C. civ., l'assureur d'un bâtiment de rivière ou même de toute autre chose a un privilège pour garantir la créance de la prime. Mais l'idée est fausse. En effet, de deux choses l'une ou la chose assurée est atteinte par l'un des risques contre lesquels l'assurance a été faite ou, au contraire, aucun de ces risques ne se réalise. Dans le premier cas, il n'y a pas conservation de la chose assurée; l'assuré reçoit seulement une indemnité qui dans une certaine mesure représente cette chose. Dans le second cas, l'assureur n'a rien conservé non plus; ce

[1] *Journal de Marseille*, 1887. 1. 172.

[2] Aix, 16 mars 1857, *Journal de Marseille*, 1857. 1. 81.

Digitized by Google

n'est pas grâce à lui que la chose assurée a échappé aux risques auxquels elle était exposée.

On peut rapprocher de la question qui vient d'être examinée celle de savoir si, même en matière maritime, l'assureur des marchandises (*assureur sur facultés*) est privilégié pour sa prime. Mais des motifs spéciaux peuvent ici faire admettre le privilège même en l'absence de tout texte formel [1].

Nous n'avons évidemment résolu la question qu'au point de vue de l'interprétation des lois en vigueur en France. Nous croyons que, dans une législation bien faite, tout assureur doit avoir un privilège sur la chose assurée pour le montant de la prime. C'est ce qu'aurait admis sans aucun doute le législateur français s'il s'était occupé des assurances non maritimes. C'est ce qu'ont fait quelques Codes ou lois des pays étrangers. Ainsi l'art. 23 de la loi belge sur les assurances du 11 juin 1874 (qui doit former le titre X du livre I du Code de commerce belge revisé) [2] dispose que « l'assureur a un privilège sur la chose assurée. »

§ 2. — DROIT INDUSTRIEL.

BREVET D'INVENTION. — COMPÉTENCE. — VENTE. — ACTION EN NULLITÉ. — Cour d'Alger, 18 novembre 1885 [3].

Une demande en nullité d'une vente de brevet d'invention est-elle nécessairement de la compétence du tribunal civil ? La Cour d'Alger admet l'affirmative et exclut complétement, par suite, la compétence du tribunal de commerce, quand même la vente a été faite par un commerçant à un autre commerçant qui a acheté le brevet pour les besoins de son industrie. L'argument donné par la Cour d'Alger pour justifier la compétence exclusive de la juridiction civile, est très simple. Il est tiré, non des principes généraux du droit, mais d'un texte spécial de la loi du 5 juillet 1844. L'article 34 de cette loi décide que les actions en nullité et en déché-

[1] V. sur cette dernière question, Lyon-Caen et Renault, *Précis de droit commercial*, t. II, n° 2259.

[2] V. cette loi dans l'*Annuaire de législation étrangère* de 1875, p. 420 et suiv.

[3] *Journal du Palais*, 1886. 1. 684; *Recueil de Sirey*, 1886. 2. 113.

Digitized by Google

ance des brevets, « *ainsi que toutes contestations relatives à la propriété des brevets* » seront portées devant les tribunaux civils. Pour la Cour d'Alger, une demande en nullité d'une vente de brevet constitue une contestation relative à la propriété de ce brevet, et dès lors, l'art. 34 doit servir à résoudre la question de compétence relative à cette demande.

Cette solution est erronée. Les demandes en nullité d'une vente de brevet sont, selon les cas, de la compétence des tribunaux civils ou des tribunaux de commerce. C'est la nature de la vente qu'il faut considérer, et comme celle de toutes les choses mobilières, la vente d'un brevet est, suivant les cas, un acte civil ou un acte de commerce. Il n'y a dans nos lois aucune disposition dont il résulte que les brevets sont soustraits, comme les immeubles, au domaine du droit commercial. Ainsi le commerçant qui achète un brevet pour les besoins de son commerce, fait un acte commercial. Il en est de même de celui qui achète un brevet pour le revendre ; son achat est commercial ainsi que la revente (article 632, C. com.)

L'art. 34 de la loi du 5 juillet 1844 est inappliquable à une demande en nullité de la vente d'un brevet. Il parle des contestations relatives à la propriété des brevets ; une action en nullité n'a pas ce caractère. L'eût-elle, du reste, que les motifs mêmes allégués pour justifier la compétence exclusive des tribunaux civils établie par l'art. 34 étant sans application aucune aux actions en nullité d'une vente, les principes généraux qui impliquent selon les cas la compétence commerciale ou civile, devraient reprendre leur empire en ce qui concerne ces actions.

On ne peut pas dire qu'une demande en nullité d'une vente soit une contestation relative à la propriété du brevet vendu. Il est vrai que la conséquence du jugement rendu sera de faire considérer le vendeur ou l'acheteur comme ayant toujours eu la propriété du brevet. Mais il n'y a pas, en réalité, en pareil cas discussion sur le point de savoir qui est propriétaire, comme cela a lieu dans une revendication d'un brevet ou dans un procès en contrefaçon. Le procès porte uniquement sur la question suivante : la vente est-elle entachée d'un vice qui doit en faire prononcer la nullité ?

Digitized by Google

D'ailleurs, on ne saurait attribuer à l'art. 34 une portée absolue; les motifs de la loi s'y opposent. Parmi les contestations relatives à la propriété des brevets il y a un départ naturel et le plus souvent assez simple à faire. Les unes se rattachent aux dispositions spéciales de la loi du 5 juillet 1844, les autres n'ont rien de particulier aux brevets et peuvent s'élever à propos de la propriété de biens quelconques. Les première seules sont exclusivement réservées aux tribunaux civils. Ainsi l'action en contrefaçon d'une invention brevetée est toujours de la compétence des tribunaux civils, quand même le contrefacteur (c'est le cas le plus fréquent) est un commerçant qui a commis le délit dans l'exercice ce sa profession. De même, quand un inventeur prétend que le secret de son invention lui a été dérobé par un tiers qui s'est fait délivrer un brevet et revendique ce brevet contre lui, le tribunal civil est encore seul compétent; il y a là une contestation sur la propriété du brevet se rattachant aux principes spéciaux de la loi du 5 juillet 1844. Au contraire, quand une demande en résolution pour défaut de paiement du prix d'une vente de brevet ou quand une demande en nullité pour vice du consentement est intentée, la question à résoudre doit être tranchée d'après les principes du droit commun. La compétence doit, par suite, appartenir au tribunal civil ou au tribunal de commerce selon la nature de la vente.

La distinction en elle-même s'impose, bien que son application puisse donner lieu à des difficultés. Aucune raison ne saurait expliquer que toutes les contestations relatives aux brevets doivent être portées devant les tribunaux civils, quand même les seuls principes du droit commun servent à les résoudre. On ne doit pas prêter facilement au législateur des solutions arbitraires modifiant les règles ordinaires de la compétence civile et de la compétence commerciale. Sans doute le texte de l'art. 34 de la loi sur les brevets est absolu; il parle sans distinguer des *contestations* relatives à la propriété des brevets. Mais les raisons données pour justifier cette attribution exclusive de compétence imposent la distinction que le texte ne fait point. Il a toujours été dit, pour écarter la compétence des tribunaux de commerce, que ces tribunaux seraient trop souvent hostiles aux inventeurs et auraient la tendance de restreindre les droits des brevetés. Ils sont composés

Digitized by Google

de commerçants qui ont généralement intérêt à augmenter les droits du domaine public pour développer la concurence et pour maintenir le prix des matières premières à un chiffre peu élevé. On ne voit pas comment l'hostilité des juges consulaires pour ce qui constitue un privilège ou ressemble à un monopole pourrait se montrer à propos d'une demande en résolution d'une vente de brevet pour défaut de paiement du prix ou d'une demande en nullité pour vice du consentement. Les droits du domaine public ne peuvent être affectés par le jugement en quelque sens qu'il soit rendu. La compétence exclusive du tribunal civil serait vraiment injustifiable. On est bien là dans un cas où l'on doit appliquer la règle d'interprétation : *cessante ratione legis, cessat lex.*

PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE. — AUTORISATION DE REPRODUIRE. — DROIT EXCLUSIF. — CONTREFAÇON. — C. de Paris, 11 mai 1886 [1].

Le droit de poursuivre les contrefacteurs n'appartient en matière d'œuvres artistiques qu'à l'auteur ou à celui auquel celui-ci a cédé son droit exclusif. Il ne saurait être reconnu à une personne qui a obtenu uniquement le droit de reproduire une œuvre d'art. La Cour de Paris a appliqué ces principes constants à propos d'une autorisation de reproduire une œuvre d'art accordée par la ville de Paris. — En 1879, la ville de Paris a acheté la statue de feu Peiffer, connue sous le nom de « les Hirondelles ». En 1880, la ville représentée par le préfet de la Seine accorda à la veuve de l'artiste la faculté de faire des réductions de l'œuvre de son mari, puis, en 1883, Mme Peiffer céda à un éditeur le droit qu'elle tenait de la ville. Cet éditeur poursuivit en contrefaçon l'un de ses concurrents. La Cour de Paris l'a déclaré non-recevable dans son action. Il faut remarquer qu'il en aurait dû être autrement si le poursuivant s'était plaint non de la contrefaçon de l'œuvre originale, mais de celle d'un des modèles dont il était l'auteur.

On peut rapprocher cette décision d'une solution généralement admise en matière de brevets d'invention : on reconnaît que le concessionnaire d'une licence, à la différence du cessionnaire

[1] *Annales de la propriété industr., artist. et littéraire*, 1886, p. 225.

Digitized by Google

d'un brevet, ne peut exercer les poursuites en contrefaçon.

CHEMIN DE FER. — BAGAGES. — C. de Paris, 1er février 1886 [1].

La Cour de Paris a eu à trancher une question d'un grand intérêt pratique qui s'élève par suite du système spécial admis en France relativement au transport des bagages. On sait que, dans un certain nombre de pays étrangers, notamment en Suisse, d'après les tarifs, le voyageur doit payer un prix de transport non-seulement pour sa personne, mais encore pour ses bagages. En France, d'après les tarifs généraux des compagnies « tout « voyageur dont le bagage ne pèse pas plus de 30 kilogrammes, « n'a à payer pour le transport aucun supplément du prix de sa « place. » Le transport des bagages étant ainsi gratuit pour le voyageur jusqu'à concurrence du poids de 30 kilogrammes, il importe au plus haut point de bien déterminer ce qu'on entend par *bagages*. Il s'agissait de savoir si sous ce mot on doit comprendre exclusivement les colis nécessaires à la personne du voyageur pendant la durée ou pour l'accomplissement du voyage entrepris.

La Compagnie des chemins de fer de l'Est refusa de transporter par un train de voyageur une charrue présentée comme bagage par un voyageur avec d'autres colis, en alléguant qu'elle ne pouvait être considérée comme bagage de voyageur. Sur la réclamation du voyageur, le tribunal de commerce de la Seine avait donné gain de cause à la Compagnie. Il s'appuyait, dans son jugement du 22 novembre 1883, sur ce qu'en matière de transport les tarifs étant de droit étroit, le mot *bagage* doit s'entendre de colis spéciaux nécessaires à la personne du voyageur. Mais la Cour de Paris a infirmé ce jugement. Elle refuse d'appliquer au cahier des charges les règles ordinaires d'interprétation des conventions et reconnaît à l'État, qui a concédé les monopoles, le droit de dire quelle est l'étendue des charges dont il a grevé, dans l'intérêt public, les privilèges qu'il accordait. Elle déduit de cette sorte de principe qu'il faut reconnaître toute autorité aux décisions de l'administration en cette matière. Or le ministre des travaux publics a eu l'occasion d'interpréter la cause litigieuse. La

[1] *Journal du Palais*, 1886. 1. 453; *Recueil de Sirey*, 1886. 2. 69.

Digitized by Google

Compagnie des chemins de fer du Nord avait adressé à ses employés une circulaire leur prescrivant de n'admettre comme bagages que « les objets à l'usage personnel des voyageurs » et de refuser « tous colis de mobilier ou de marchandises. » Dans une dépêche du 11 mai 1875, après avoir consulté la Commission centrale des chemins de fer, le ministre invitait la Compagnie du Nord à retirer sa circulaire ; il écrivait : « Tout voyageur, qui a « payé le prix de sa place, doit être admis à présenter comme « bagages les objets, quels qu'ils soient, qu'il lui convient de « faire tranporter avec lui, et à revendiquer, pour ce transport, « la gratuité, jusqu'à la limite du poids fixé par le cahier des « charges. » La Cour constate que cette dépêche n'a donné lieu à aucune protestation et que le régime consacré par elle est appliqué continuellement dans l'usage. Elle reconnaît, du reste, qu'il est des objets qu'à raison de leur poids ou de leur volume on ne peut considérer comme bagages, parce que leur chargement serait impossible ou très difficile étant donnés le temps des arrêts et la capacité des wagons.

La solution adoptée par la Cour de Paris nous semble fort exacte en elle-même. Les motifs sur lesquels l'arrêt s'appuie sont très justes, à l'exception toutefois d'un seul, c'est celui qui concerne l'interprétation des cahiers des charges des compagnies de chemins de fer. Il y a là un contrat qui doit être interprété conformément aux règles qui régissent les contrats en général. Il est vrai qu'une des parties à ce contrat est l'Etat. Mais qu'importe ! Dans les contrats passés par l'Etat comme dans les contrats conclus par les particuliers, c'est la volonté de chacune des parties, non celle de l'une d'elles seulement qui doit être consultée pour déterminer le sens des expressions obscures. A raison des difficultés pratiques incessantes qui naîtraient du sens étroit donné au mot *bagages*, on doit penser que l'Etat et les compagnies concessionnaires ont voulu comprendre sous ce nom tous les objets qui accompagnent les voyageurs.

CHEMIN DE FER. — BILLET. — STATION INDIQUÉE. — PARCOURS PROLONGÉ. — INTENTION FRAUDULEUSE. — Cour de Pau, 29 mai 1886 [1].

Les tribunaux ont une tendance marquée à étendre plutôt

[1] *Journal du Palais*, 1887. 1. 440 ; *Recueil de Sirey*, 1887. 2. 64.

Digitized by Google

qu'à restreindre la portée des dispositions pénales qui protègent l'industrie des chemins de fer. L'arrêt de la Cour de Pau du 29 mai 1887 nous en fournit une preuve nouvelle à propos de questions soulevées par l'art. 63 de l'ordonnance du 15 novembre 1846.

Cette disposition défend *d'entrer* dans les wagons sans billet et est sanctionnée par les peines qu'édicte l'art. 21 de la loi du 15 juillet 1845. Deux questions se posaient :

1° Les peines dont il s'agit s'appliquent-elles à celui qui reste dans un wagon au-delà de la station pour laquelle il a pris un billet ?

2° En admettant l'affirmative, faut-il appliquer ces peines même au cas où le voyageur qui a effectué un excès de parcours, n'a pas été de mauvaise foi ?

Sur ces deux questions, le tribunal correctionnel de Bayonne et la Cour de Pau ont admis des solutions opposées, et nous n'adoptons les opinions consacrées par aucune de ces deux juridictions.

Le tribunal correctionnel de Bayonne a admis que le fait de dépasser la station pour laquelle on a pris un billet de chemin de fer ne tombe pas sous le coup de l'art. 63, alors même qu'il y a mauvaise foi. Il se fonde principalement sur ce que les dispositions pénales ne sont pas susceptibles d'extension. La Cour de Pau, au contraire, déclare que la défense d'entrer comprend celle de rester et que ce fait constitue une contravention qui est punissable même lorsqu'il y a bonne foi du voyageur, par exemple quand il s'est endormi en route.

Nous croyons avec la Cour de Pau que l'art. 63 peut être appliqué au cas où un voyageur reste dans un wagon au delà de la station pour laquelle il s'est fait délivrer un billet, mais nous pensons que la mauvaise foi est un élément essentiel du délit. A moins de descendre à des subtilités que n'autorise pas le principe de l'interprétation restrictive des lois pénales, on doit reconnaître que la défense d'entrer comprend celle de rester. Mais on ne doit pas conclure de là que le fait seul de dépasser la station pour laquelle on a pris un billet constitue toujours une infraction. Le fait d'entrer dans un wagon sans billet, expressément visé par

Digitized by Google

l'art. 63 de l'ordonnance de 1846 constitue un fait actif et volontaire. Si la prohibition de ce fait implique celle de rester dans un wagon après la station pour laquelle un billet a été pris, c'est à la condition qu'il y ait aussi de la part du prévenu un fait actif et volontaire. Si donc un voyageur dépasse cette station par inadvertance, l'art. 63 ne peut pas lui être appliqué.

ASSURANCE CONTRE L'INCENDIE. — DÉPOSITAIRE. — DÉPOSANT. — ACTION DIRECTE. — Cass. ch. civ., 2 juin 1886 [1].

Un dépositaire contracte souvent une assurance contre l'incendie pour la chose déposée. Il peut le faire soit comme gérant d'affaires du déposant, soit en son nom. Dans le premier cas, si le déposant a pris soin de ratifier l'assurance avant la réalisation du sinistre, il n'est pas douteux qu'il bénéficie de l'assurance comme s'il l'avait conclue en personne. Dans le second cas, le déposant ne peut avoir d'action directe contre l'assureur ; il n'a pas contracté avec lui ni en intervenant lui-même ni en se faisant représenter par un mandataire. Mais le déposant n'a-t-il pas au moins une action indirecte fondée sur l'art. 1166, C. civ.? L'affirmative ne fait pas de doute lorsque l'assureur doit une indemnité d'assurance au dépositaire à raison de la responsabilité qu'il a encourue envers le déposant. Seulement le déposant n'a pas alors de droit sur l'indemnité à l'exclusion des autres créanciers du dépositaire. Il est vrai que, d'après l'art. 1934, « le déposi-« taire auquel la chose a été enlevée par une force majeure, et « qui a reçu un prix ou quelque chose à la place, doit restituer « ce qu'il a reçu en échange. » Seulement cela ne s'applique qu'aux sommes qui représentent la chose déposée; ce n'est pas là le caratère de l'indemnité d'assurance. C'est ainsi qu'en cas d'assurance des risques locatifs, la jurisprudence admet que le bailleur concourt avec les autres créanciers du locataire sur l'indemnité d'assurance. On ne voit pas comment on pourrait donner pour le déposant une solution différente et plus favorable que pour le bailleur.

Dans l'espèce à l'occasion de laquelle la Chambre civile a eu à statuer, les choses déposées que le dépositaire avait fait assurer

[1] *Journal du Palais*, 1886. 1. 1121; *Recueil de Sirey*, 1886. 1. 449.

Digitized by Google

contre l'incendie avaient péri par cas fortuit. Le déposant pouvait-il agir contre l'assureur? La Chambre civile lui refuse toute action. Les motifs qu'elle donne dans son arrêt nous semblent décisifs. D'abord le déposant resté étranger au contrat d'assurance ne pouvait avoir d'action de son chef. Ensuite le déposant n'étant pas créancier du dépositaire ne pouvait invoquer le bénéfice de l'art. 1166, C. civ. Du reste, quelle action le déposant aurait-il exercée? Le dépositaire n'éprouvant pas de préjudice, par cela même qu'il n'était pas responsable envers le déposant, n'avait pas lui-même le droit d'agir contre l'assureur.

ASSURANCE CONTRE L'INCENDIE. — AGGRAVATION DE RISQUES. — DÉCLARATION. — Cour de Pau, 12 février 1886 [1].

Toutes les polices d'assurances contre l'incendie contiennent une clause qui oblige, à peine de déchéance, l'assuré à déclarer à l'assureur l'aggravation de risques se produisant pendant la durée de la police. Cette déclaration est assurément d'une utilité toute spéciale dans le cas où l'aggravation de risques doit entraîner avec elle une surprime. Mais est-elle nécessaire même dans le cas où l'aggravation des risques est de telle nature qu'elle ne doit pas donner lieu au paiement d'une prime supplémentaire? Le doute se comprend alors. On peut être tenté de dire que la déclaration n'a plus d'utilité. Cependant la Cour de Pau a adopté une solution opposée. Cette solution se justifie aisément. Dès l'instant où le contrat d'assurance ne s'exécute plus dans ses conditions primitives, l'assureur n'est pas tenu de subir les chances des risques nouveaux; il a le droit de faire prononcer la résiliation de l'assurance. Il faut qu'il soit prévenu de l'aggravation des risques pour savoir qu'il a ce droit. Cette décision devrait être admise même si les termes de la police ne l'impliquaient pas. Mais, dans l'espèce, elle pouvait se fonder sur les termes de la police. Car il y était dit que l'assuré était tenu de faire immédiatement la déclaration (de l'aggravation de risques) et de payer, *s'il y a lieu*, une augmentation de prime.

[1] *Journal des assurances*, 1887, p. 44.

Digitized by Google

ASSURANCE CONTRE L'INCENDIE. — OBJETS MOBILIERS. — RISQUES LOCATIFS. — POLICE UNIQUE. — DIVISIBILITÉ. — DÉCHÉANCE. — Cour de Douai, 16 janvier 1886 [1].

Une seule police peut contenir plusieurs assurances distinctes et leur réunion dans un même acte ne doit pas empêcher de les considérer isolément. Il est possible, par suite, que de deux assurances réunies dans une seule police l'une soit nulle et l'autre valable. La Cour de Douai a appliqué ce principe incontestable à une espèce intéressante à recueillir.

Comme il arrive constamment, un locataire avait fait par une même police assurer : 1° son mobilier ; 2° ses risques locatifs. Il était stipulé dans cette police que l'assuré serait déchu de ses droits contre l'assureur s'il déclarait comme détruits des objets qui n'existaient pas réellement lors du sinistre. Cette fraude ayant été commise, l'assureur des risques locatifs refusait à l'assureur de la maison, subrogé aux droits du propriétaire, de l'indemniser. La Cour de Douai a admis que les deux assurances du mobilier et des risques locatifs, bien que contenues dans la même police, sont deux contrats distincts, différents l'un de l'autre quant à leur objet, quant à la prime et quant à leurs effets et qu'en conséquence, la fraude se rattachant à l'assurance du mobilier ne pouvait pas entraîner la nullité de l'assurance des risques locatifs relativement à laquelle aucune supposition ou exagération n'avait été commise.

ASSURANCE SUR LA VIE. — HOMICIDE PAR IMPRUDENCE. — VICTIME ASSURÉE. — RÉDUCTION DE L'INDEMNITÉ. — Trib. correct. de la Seine, 27 nov. 1885 [2].

Le jugement du tribunal de la Seine mérite d'être mentionné comme contenant une application curieuse du caractère de contrat d'indemnité reconnu à l'assurance sur la vie comme aux autres assurances. La veuve de la victime d'un homicide par imprudence avait formé contre l'auteur du délit une demande en dommages-intérêts. Pour en réduire le montant, le tribunal s'appuie sur ce que la demanderesse avait déjà en partie été indemnisée par le capital assuré sur la tête de son mari qu'elle avait touché.

[1] *Journal du Palais*, 1887, I, p. 247 ; *Recueil de Sirey*, 1887. 1. 47.
[2] *Journal des assurances*, 1886, p. 34.

Digitized by Google

C'est ainsi qu'en cas d'incendie d'une maison, les dommages-intérêts auxquels est condamné l'auteur de l'incendie au profit du propriétaire doivent être réduits à raison de l'indemnité payée par l'assureur au propriétaire de la maison incendiée.

CH. LYON-CAEN.

DE LA LIBRE DÉFENSE DES ACCUSÉS,

Par M. H. LESPINASSE, président de Chambre honoraire à la Cour de Pau.

S'il est un droit précieux pour les hommes qui vivent en société, c'est assurément celui de la libre défense des accusés. Un publiciste qui a laissé de brillants souvenirs, soit au barreau, soit dans la magistrature, Dupin aîné, commença sa réputation par un écrit sur ce grave sujet et dut certainement quelque chose de la popularité qui est restée attachée à son nom, aux sentiments généreux qui avaient dicté cette œuvre de sa jeunesse.

Il n'est pas encore bien loin de nous le temps où des hommes honorables qui se glorifiaient d'être les plus fermes champions des principes d'ordre, considéraient comme un danger pour la société, toute proposition dont le résultat pouvait être de rendre plus complète la faculté laissée aux accusés et aux prévenus de repousser les inculpations dont ils étaient l'objet. Prenez garde, s'écriaient-ils, vous allez énerver la répression et assurer l'impunité du crime.

Ils se persuadaient volontiers, dans leur optimisme aveugle, qu'ils seraient toujours assis sur les sièges des juges ou des jurés, et qu'ils auraient toujours devant eux de véritables malfaiteurs. Ils ne comprenaient pas que les situations pouvaient être renversées; que traînés un jour sur la sellette pour des crimes imaginaires, ils pourraient avoir à gémir de voir leurs moyens de défense circonscrits dans de trop étroites limites, et qu'à leurs doléances on pourrait répondre comme à ce légiste impitoyable pris dans ses propres engins : *patere legem quam fecisti*.

N'oublions jamais ce monstrueux article d'un décret du 22 prairial an II : « La loi donne pour défenseurs aux patriotes calomniés, des jurés patriotes; *elle n'en donne pas aux conspira-*

Digitized by Google

teurs. » N'allons point par des entraves inopportunes, imposées à la défense, préparer le retour de ces abominables dispositions.

A la vérité, depuis quelque temps, des tendances plus humaines se sont manifestées; mais il faut convenir qu'elles n'ont point été provoquées par ceux que nous nommions tout à l'heure les amis de l'ordre, (pour nous conformer à leurs prétentions), ils les ont au contraire accueillies avec défiance, et souvent c'est par leur faute qu'elles n'ont pas abouti.

Croirait-on par exemple qu'il ait fallu soumettre à des méditations prolongées, et qu'il faille discuter encore, la question de savoir si les accusés pourront être assistés d'un conseil dans toutes les phases d'une procédure criminelle, sans en excepter les interrogatoires subis devant le juge d'instruction?

Ne dirait-on pas que l'on regarde comme une garantie indispensable de la protection sociale, les surprises dont un malheureux inculpé, sans expérience et sans guide, peut être victime de la part d'un magistrat rompu à la pratique de cette sorte de gymnastique intellectuelle et morale? A-t-on une foi assez robuste dans l'impassibilité absolue des dépositaires de ce pouvoir redoutable, pour croire que jamais, même sans le vouloir, ils ne laisseront échapper un mot qui puisse devenir un piège pour l'accusé?

Il faut si peu de chose pour créer un immense danger, pour faire apparaître un aveu de la part d'un innocent, que le juge doit trembler en songeant à la responsabilité qui pèse sur sa conscience et sur son honneur. Est-il sans exemple qu'un magistrat, même haut placé, se soit laissé entraîner à surprendre la confiance d'un inculpé par des paroles comme celles-ci : « Pourquoi nieriez-vous? Je suis sûr du fait qu'on vous impute; que risquez-vous d'ailleurs? La chose est-elle si grave? » Mais pour ne point parler d'après des souvenirs personnels qui pourraient avoir l'apparence de suppositions chimériques, il nous suffirait de rappeler ce procès navrant porté devant une Cour d'assises de l'Algérie, dans lequel il fut constaté qu'un aveu, démontré faux par les débats, n'avait été obtenu que par l'espérance d'un acquittement imprudemment donnée par le siège.

Quant à nous, nous considérons la présence d'un conseil à

Digitized by Google

tous les interrogatoires, comme non moins utile au magistrat qu'à l'accusé lui-même; c'est une sauvegarde pour le juge qu'elle prémunit contre les exagérations d'un zèle si facile à couvrir d'un voile honnête.

Certains membres du barreau, inspirés probablement par la constatation de quelque partialité dans les résumés des présidents d'assises, ont fait supprimer cette partie importante de la procédure, destinée à remettre sous les yeux des jurés, dans un cadre restreint, sous une forme simple, claire et accessible à toutes les intelligences, toutes les raisons sérieuses de décider.

Notre ardente sympathie pour la liberté de la défense ne nous empêche pas de trouver l'innovation malheureuse; elle procure, il est vrai, à un avocat éloquent, l'avantage de voir la délibération du jury s'ouvrir, sous l'impression immédiate des mouvements oratoires dont il a su émailler sa péroraison; mais n'est-ce pas sur les motifs vraiment rationnels que doit se former la conviction du jury; et les arguments de cette nature employés par le défenseur, ne devaient-ils pas se retrouver en substance dans le résumé? si par une méconnaissance inexcusable de leurs devoirs, quelques présidents venaient à les omettre, c'étaient ces magistrats prévaricateurs qu'il fallait changer, et non la manière d'instruire la cause.

On avait cru réaliser une amélioration précieuse; on n'a fait qu'ouvrir l'accès des présidences d'assises, à des conseillers, que leur inaptitude en aurait perpétuellement, exclus au grand profit de la justice et du relief de la magistrature.

Pourquoi n'a-t-on pas songé à une autre attribution des présidents d'assises, qu'on est bien forcé de leur laisser, mais dont une sage réglementation devrait limiter le dangereux exercice?

Nous voulons parler de l'interrogatoire par lequel s'ouvrent les débats. On éprouve un sentiment profondément pénible, quand on voit un magistrat longuement préparé à suivre le fil de ses idées préconçues, à travers le labyrinthe de l'instruction écrite semé partout de traquenards, s'emparer d'un accusé comme d'une proie, l'accabler de questions, d'objurgations, d'arguments captieux, et faire de ce préambule un monologue auprès duquel le réquisitoire de l'avocat général devra nécessairement pâlir; on

Digitized by Google

frémit surtout en pensant que l'accusé, réduit au silence par la volubilité du magistrat, aura eu l'air d'avouer tous les faits, toutes les circonstances accumulés dans cette préface aussi redoutable que prétentieuse de la véritable information orale.

Qui n'a remarqué qu'après certains interrogatoires la cause est entendue et la défense rendue impossible, à moins que, par un heureux hasard, les dépositions des témoins, introduisant dans le débat quelque élément nouveau, ne fournissent à la défense le moyen de briser le cercle de fer dans lequel l'interrogatoire l'avait enfermé? Il n'est même pas rare que le président tire lui-même la conséquence de son insidieuse argumentation en disant à l'accusé : vous le voyez, vous avez prononcé vous-même votre condamnation.

Ne devrait-il pas être enjoint à ces magistrats de se désister de ce mode d'investigation où l'erreur se glisse inévitablement parce que n'étant arrêtés par aucune contradiction ils dépassent naturellement les bornes du vrai?

Ne devrait-il pas leur être ordonné de procéder par un petit nombre d'interpellations claires, courtes et précises, de recevoir et même d'attendre les réponses de l'accusé, sans imposer à celui-ci d'autres restrictions que celles du respect dû à la justice?

Que l'on opère cette réforme, et l'on pourra rétablir ensuite le résumé du président, et la marche des débats et les chances d'aboutir à des décisions équitables n'en seront que mieux assurées.

Cependant, quelles que doivent être les immunités de la défense, il est des bornes qu'elle ne saurait franchir sans encourir le blâme de tous les hommes sages; ces limites sont en première ligne celles qu'imposent la morale et les convenances. Nous n'ajoutons pas d'une manière absolue, celles que trace la loi positive, car il est des cas où il serait non-seulement permis, mais glorieux de désobéir à des prescriptions contre lesquelles la conscience se révolterait.

Mais à part ces cas exceptionnels, le défenseur doit se soumettre aux dispositions de la loi; il faut seulement se garder de considérer comme de véritables prohibitions, certaines entraves qui ne seraient pas clairement indiquées dans des textes obligatoires. Pour peu que la portée de ces textes fût incertaine, il convien-

Digitized by Google

drait, selon nous, d'appliquer la maxime des théologiens : *in dubiis libertas.*

Ceci nous amène à examiner une question que l'usage à peu près universel semblait avoir résolue dans un sens libéral, mais que des réminiscences fâcheuses paraissent tendre à remettre en doute.

Est-il défendu aux défenseurs de mentionner la peine que l'accusé pourrait encourir en cas de déclaration affirmative du jury ? Nous croyons pouvoir constater d'abord que cette prohibition n'est écrite nulle part.

Deux articles du Code d'instruction criminelle sont invoqués à l'appui de l'opinion opposée à la nôtre ; ni l'un ni l'autre ne nous paraissent avoir le sens qu'on leur attribue. L'art. 342 porte, il est vrai : Les jurés manqueraient à leur premier devoir s'ils se préoccupaient des conséquences pénales que peut entraîner leur déclaration.

Est-ce l'équivalent d'une interdiction formelle ? Il n'y a qu'à lire l'ensemble de l'article pour être convaincu du contraire. On y voit en effet que les jurés doivent *se recueillir, interroger leur conscience, ne pas chercher à savoir pourquoi et comment ils sont convaincus,* mais seulement si leur conviction est suffisamment formée ; vient ensuite la recommandation de ne pas s'occuper de la peine applicable aux faits sur lesquels ils sont interrogés.

Est-il possible de voir dans cette période oratoire, écho malheureux de l'emphase révolutionnaire, une véritable prescription législative ? Comment s'assurer que les jurés descendent dans leur conscience, qu'ils s'interrogent eux-mêmes dans le *silence* et le *recueillement?* Où se produit ce silence, et où peut intervenir ce recueillement, au milieu des débats si souvent animés, quelquefois passionnés, qui captivent et dominent l'auditoire ? Comment empêcher des hommes raisonnables, quand une opinion se présente à leur esprit, de rechercher sur quels motifs elle se fonde, et quelle est la valeur de ces motifs ; si un pareil renversement des lois naturelles de la raison était possible, serait-il bien désirable que les jurés s'y abandonnassent ?

Enfin ne pas se préoccuper des résultats de la déclaration qu'on est appelé à faire, quand ces résultats, peuvent être l'infamie, la

Digitized by Google

ruine, la mort même et tout au moins la privation de la liberté, serait-ce un rôle acceptable pour l'homme *intelligent et libre* à qui la loi elle-même fait appel en l'investissant de ses pouvoirs?

Est-il besoin d'insister plus longuement pour faire reconnaître que l'art. 342, n'est autre chose qu'une exhortation, et n'a nullement les caractères d'une prescription obligatoire.

Cela est si vrai que les jurés peuvent n'en avoir aucune connaissance; elle est sans doute affichée dans la chambre du conseil; le chef du jury est chargé d'en donner lecture, mais aucune précaution n'est prise pour que cette lecture ait lieu, et dans la pratique on s'en dispense toujours.

Voyez la différence entre cette invitation et celle que l'art. 312 met dans la bouche du président pour la prestation du serment des jurés. Celle-ci est obligatoire, et le procès-verbal de l'audience doit en constater l'accomplissement à peine de nullité. (Cassation, 14 septembre 1820; Sirey, 21. 1. 22).

Tenons donc pour certain que l'art. 342 ne renferme qu'une simple recommandation, et ne peut être assimilé à une obligation qui s'imposerait à tous, magistrats, avocats et accusés.

Aussi a-t-il été jugé constamment qu'il ne pouvait résulter aucune nullité de ce qu'elle n'aurait pas été observée (S. 36. 1. 273). Cette jurisprudence est assurément juridique, mais nous ne pouvons accepter le motif unique sur lequel la Cour suprême l'a fondée; c'est, nous dit-elle, parce qu'il ne peut pas dépendre d'un accusé d'introduire par son fait un vice dans la procédure. Mais ne peut-on pas répondre que si le défenseur essaie d'appeler l'attention du jury sur la gravité de la peine, il doit arriver nécessairement de deux choses l'une : ou le président le laissera continuer de développer ce moyen, ou il se hâtera de l'arrêter. Dans le premier cas ce ne serait pas au défenseur qu'il faudrait imputer la nullité, mais à la négligence du président. Dans le second, il y aurait eu simplement tentative d'introduire dans la discussion un élément anormal; mais l'intervention immédiate du magistrat l'aurait empêché de produire son effet.

Est-il d'ailleurs bien exact de dire qu'une cause de nullité ne peut jamais provenir du fait personnel de l'accusé? L'art. 296 du Code d'instruction criminelle lui donne cinq jours pour se pour-

Digitized by Google

voir contre l'arrêt qui l'a renvoyé aux assises. Si avant l'expiration de ce délai, il déclarait renoncer à tout recours et consentait à être jugé immédiatement, il ferait certainement un acte personnel et volontaire, et néanmoins la nullité résultant de ce fait aurait une telle efficacité qu'elle pourait être suppléée d'office par la Cour suprême (Cas. 11 fév. 1841, affaire Gontier).

L'art. 342 écarté, pourrait-on trouver la prohibition qui nous occupe dans l'art. 363 ?

On a beau le lire et le relire, on n'y découvre pas un mot qui soit relatif à la question. Il défend à l'accusé ou à son avocat de discuter la déclaration déjà faite par le jury et de chercher à montrer qu'elle est entachée d'erreur, et il indique les autres points qu'il lui sera permis de traiter encore et notamment la nature et la quotité de la peine.

Mais ne serait-ce pas abuser de l'interprétation que de voir dans ce texte si naturel et si simple, la défense de faire, pendant les débats, la moindre allusion à la peine encourue par l'accusé, en cas de verdict affirmatif ?

Sans doute, suivant l'enchaînement logique des idées, on doit s'occuper d'abord et principalement de l'existence du fait et de la culpabilité de l'accusé, avant de disserter sur la peine encourue. Procéder autrement pourrait être un défaut de méthode; mais s'ensuit-il qu'il soit interdit d'indiquer même par un mot quelqu'une des idées qui devront trouver une plus grande place dans la seconde ?

Ainsi en résumé, il n'existe pas de prohibition positive faite à l'avocat de mentionner la peine applicable au fait incriminé; il y a seulement une exhortation adressée aux jurés de ne pas y penser, ou pour parler plus exactement, de ne pas se trop préoccuper d'une considération qui ne peut manquer de se présenter à leur esprit.

Nous verrons tout à l'heure combien cette recommandation est peu rationnelle, peu morale, peu soucieuse de la dignité du jury, et combien il est impossible de s'assurer qu'elle a été obéie. Mais avant d'aborder cet ordre d'idées, nous devons reconnaître qu'il suffit d'un simple vœu du législateur, pour qu'il y eût quelque chose de peu convenable dans l'insistance que mettrait un défen-

Digitized by Google

seur à fixer précisément l'attention du jury sur ce point réservé. C'est là ce que prétendait faire l'avocat, qui demandait à la Cour d'assises de la Seine, la permission de s'étendre indéfiniment sur ce sujet (Voir Sirey, 30. 2. 143), et aussi est-ce avec raison que cette faculté lui fut refusée.

On peut donc admettre que, dans le cas de cette insistance, le président fût en droit d'arrêter le défenseur en lui rappelant le texte de l'art. 342; mais ici se présenterait la question d'opportunité et de mesure qui a été si sagement posée et résolue par le procureur général Dupin, devant la Cour de cassation, en 1834.

L'éminent magistrat savait bien que la Cour ne se déciderait pas à donner libre carrière à la défense sur ce terrain. Il reconnaissait, indubitablement, la faiblesse des motifs sur lesquels pouvait se fonder une décision sévère pour l'avocat, et il semble qu'il ne se résignait d'avance à l'accepter que pour avoir l'occasion de mettre en regard de cette excessive rigueur, le grand principe de la libre défense des accusés, dont il s'était montré le zélateur ardent durant toute sa carrière d'avocat; oui, sans doute, disait-il dans le réquisitoire que l'on invoque : « le président a le droit de ne pas laisser mettre en oubli la recommandation *telle quelle* de l'art. 342. » Mais quand et comment interviendra-t-il ? Sera-ce pour un mot, pour une phrase, pour une simple allusion à la peine qui doit presque inévitablement et involontairement venir à la pensée du défenseur dans une discussion animée? Evidemment non? Le principe supérieur de la liberté de la défense doit faire fermer les yeux sur cet oubli momentané d'une exhortation sans portée. Et pour en détourner plus sûrement les présidents d'assises, Dupin ajoutait : « Il y aurait infiniment plus « d'inconvénients à saisir pour ainsi dire au vol une phrase de « l'avocat relative à la peine, qu'à paraître ne pas l'avoir remar- « quée. En s'armant de rigueur, en arrêtant l'avocat au moment « où l'allusion réputée irrégulière lui serait échappée, on la gra- « verait plus sûrement dans la mémoire du jury, ou lui donnerait « une importance qu'elle n'aurait pas eue sans cet incident. »

S'il arrivait que, pour éviter le danger signalé par M. Dupin, un président imaginât d'attendre la fin de la plaidoirie, pour revenir sur le mot qui aurait excité son mécontentement, ce se-

Digitized by Google

rait bien pis encore; car les incidents d'audience doivent, en règle générale, être sinon jugés, du moins constatés au moment même où ils se produisent, afin qu'aucune équivoque ne puisse les dénaturer, mais de plus, rappeler après les plaidoiries une phrase, un mot passé inaperçu pour tout le monde, serait un manque de tact et d'à-propos qui n'aurait pas d'excuse.

La situation est donc facile à préciser. Le défenseur s'avise-t-il de vouloir établir un véritable débat sur la question de la peine, le président l'arrête, et, en cas d'insistance de l'avocat, la Cour peut réprimer cet écart des convenances.

S'agit-il d'un mot ou d'une phrase jetés en passant, et indiquant la gravité de la peine comme circonstance propre à montrer l'inopportunité d'appliquer le texte cité par l'acte d'accusation; un président pénétré des droits de la défense, non moins que des prérogatives dont il est lui-même investi, laissera passer l'allusion, et se gardera bien de lui donner de l'importance, et de blesser la juste susceptibilité du barreau par une interpellation intempestive.

C'est ainsi que le comprennent tous les présidents d'assises de France, et le retour à une entente plus rigoureuse de l'article 342 serait un anachronisme.

Il nous est donc permis de croire que rien dans notre Code, considéré soit dans son esprit général, soit dans ses dispositions particulières, ne prohibe la mention de la peine par le défenseur, dans la discussion sur la culpabilité; que l'art. 342 contient seulement une exhortation adressée aux jurés, exhortation dépourvue de toute influence sur la régularité de la procédure, et pouvant seulement donner lieu à une observation adressée par le président au défenseur, mais avec tant de réserve et de mesure, que l'occasion doit ne s'en présenter jamais.

Mais il ne nous suffit pas d'avoir résolu la question que nous nous étions posée; nous voulons examiner en outre si l'art. 342 qui l'a fait naître ne devrait pas être obligé.

Notre opinion à ce sujet n'est pas nouvelle; il y a vingt ans que nous l'avons exprimée dans un discours de rentrée sur le progrès de la procédure criminelle; nous disions que les considérations énoncées en tête de l'art. 342 nous paraissaient inutiles,

Digitized by Google

illogiques, attentatives à la dignité du jury et d'une exécution impossible.

Leur inutilité est démontrée par une pratique constante; comme tout ce qui concerne cette exhortation se passe dans la salle des délibérations et que personne n'y entre que les jurés eux-mêmes, il est impossible de savoir avec certitude si la lecture de l'art. 342 a été ou n'a pas été faite. Nous avons déjà dit qu'on ne la fait jamais; il semble que le législateur ait prévu cette désuétude et qu'il ait voulu y remédier par un placard imprimé en gros caractères et affiché dans l'endroit le plus apparent; mais les jurés ne prennent pas plus la peine de lire le placard, que leur chef de le leur réciter.

Si maintement nous examinons avec attention l'art. 342, quelle importance pouvons-nous y attacher?

Qu'est-ce que se *recueillir dans le silence,* au milieu de l'animation des débats, immédiatement suivis du verdict, sans qu'on laisse même aux jurés le moment de répit que leur procurait le résumé du président? Que signifie cette recommandation de ne pas chercher à se rendre compte de la valeur intrinsèque des preuves qui les déterminent *pour* ou *contre* l'accusé?

Cet examen de la portée des preuves n'est-il pas au contraire le *criterium* le plus sûr la vérité? Ne croirait-on pas, à lire ce singulier membre de la phrase, qu'on a voulu livrer les jurés aux impressions inconscientes produites sur eux par la chaleur des débats, et les transformer en automates parlants mus par une sorte de ressort mécanique? Est-il bien sage de recommander aux jurés de ne pas se préoccuper des conséquences de leur déclaration? N'est-ce pas, au contraire, une règle élémentaire pour toute conscience timorée, de chercher à savoir ce qui résultera de ses déterminations? Est-ce que la loi est toujours juste? Et s'il s'agissait d'appliquer une disposition inique, faudrait-il fermer les yeux sur les conséquences qu'elle pourrait avoir? Supposez un nouveau régime des suspects, convertissant en crime capital les relations les plus inoffensives de la société, et même celles qui sont commandées par le devoir. Serait-il permis à un juré honnête de faire abstraction de la peine applicable, et d'envoyer un inculpé à l'échafaud ou au bagne pour un acte licite en soi, sous prétexte

Digitized by Google

que la question posée aurait uniquement pour objet le fait matériel.

Le système que nous combattons est attentatoire à la dignité du jury, en ce qu'il s'efforce de lui cacher, une partie du tableau, dont la peine est l'un des traits les plus importants.

Il méconnaît l'esprit véritable de la loi qui exige la coexistence de l'intention criminelle et du fait matériel, car la nature et la mesure de la peine sont au nombre des éléments qui manifestent avec le plus de clarté le degré de perversité que le législateur a voulu atteindre. Ne peut-on pas supposer une situation dans laquelle le défenseur serait fondé à dire au jury, « voilà le fait acquis aux débats : voici la peine édictée ; est-il possible d'admettre en considérant l'insignifiance de l'un et la gravité de l'autre, que l'accusé ait eu l'intention criminelle dont le législateur était préoccupé ?

La loi de 1832, en donnant une extension nouvelle aux circonstances atténuantes, a certainement entendu que tout ce qui pourrait venir en aide à la defense pût être invoqué devant le jury. Or, ne serait-ce par une considération de la portée la plus haute que celle qui tendrait à démontrer que la peine, même abaissée autant que le permet l'art. 463, serait encore dans une disproportion énorme avec la culpabilité que reconnaîtrait un verdict affirmatif ?

Parmi les personnes qui se montrent rigoureuses à ce point pour l'accusé, il en est qui le sont beaucoup moins à l'égard du ministère public. Elles admettent volontiers qu'un officier du parquet, voyant la condamnation près de lui échapper, se permette de dire aux jurés : « Condamnez sans crainte ; un recours en grâce corrigera certainement ce qu'il pourrait y avoir d'excessif dans la peine que la Cour devra prononcer. »

Pour n'être pas choqué d'un pareil langage, il faut se laisser singulièrement aveugler par le zèle de ce qu'on nomme *la vindicte publique*.

Enfin la recommandation écrite dans l'art. 342 est véritablement impraticable, et la loi fournit elle-même le moyen de l'éulder. Elle veut qu'on lise aux jurés *l'arrêt de renvoi et l'acte d'accusation*. Ces deux documents contiennent nécessairement les numéros des articles de la loi pénale qui peuvent être appli-

Digitized by Google

qués. Les notions juridiques sont aujourd'hui assez répandues, et les hommes d'affaires assez nombreux pour que quelqu'un des jurés connaisse le texte dont on lui indique le numéro. D'autres peuvent s'en enquérir pendant une suspension d'audience; d'autres, enfin, peuvent avoir un Code sur eux, et je ne pense pas qu'on en vienne, par respect pour les effusions pathétiques de l'art. 342, jusqu'à les obliger à retourner leurs poches avant de monter sur leurs sièges.

Terminons par une observation relative au prétendu principe à l'aide duquel, on essaie de justifier les exhortations que l'article 342 adresse aux jurés. Ce principe serait la *séparation complète* du fait et du droit, dont on veut faire la base de notre procédure criminelle.

Cette séparation, dans ce qu'elle aurait d'absolu, est un des produits de la disposition aventureuse des esprits à la fin du XVIIIe siècle à méconnaître la nature des choses, et à imaginer des types d'homme et de nation tout différents de ceux que l'on avait connus jusqu'alors.

Dans le grande république américaine, où l'on comprend mieux l'importance des formes de la procédure criminelle, au point de vue de la liberté politique, on est bien loin d'admettre comme nécessaire cette ignorance imposée au jury, du résultat pénal de ses déclarations; il y a, au contraire, des États où c'est le jury qui applique la peine. Il en est ainsi, notamment l'Illinois, dont l'esprit et les mœurs doivent avoir quelque analogie avec les nôtres, puisque les premiers colons qui s'y établirent étaient des Français venus du Canada.

Du reste, notre Code lui-même, en donnant mission aux magistrats après la déclaration du jury de fixer la peine entre un *minimum* et un *maximum*, les oblige évidemment à mêler les questions de fait et les questions de droit, et à combiner leurs résultats.

L'art. 352 donne même à la Cour la faculté de renvoyer la cause à une autre session si elle estime que le jury s'est trompé sur le fait, pourquoi les juges du fait ne pourraient-ils, pas à leur tour, chercher à prévoir les conséquences légales de leur déclaration?

Digitized by Google

Ne dédaignons pas les théories, même quand elles peuvent paraître hasardées, mais ne leur sacrifions jamais les données de la conscience, de la justice et de l'humanité.

H. LESPINASSE.

LES CRIMES RARES,

Par M. Jean ALESSON.

L'assassinat, le meurtre, l'incendie, le viol, le parricide même, sont des crimes fréquents.

Leur nombre est prévu chaque année.

Il suffit d'avoir jeté les yeux sur quelques documents officiels, feuilleté une dizaine de livres de droit et de philosophie pour savoir avec quelle immuable régularité ils se reproduisent. N'en est-il pas ainsi de toutes les choses dont l'humanité est la source? Les naissances, les mariages et les décès n'atteignent-ils pas, à peu d'unités près, le même nombre chaque année ?

La moyenne annuelle est invariable pour les crimes que l'on serait tenté de nommer les crimes courants ; nous croyons n'étonner personne en rappelant qu'il se commet en France, par an, deux cents assassinats, cent cinquante meurtres, dix parricides, cent quatre-vingt-dix infanticides, sept cent cinquante attentats à la pudeur (crimes), vingt empoisonnements, mille vols qualifiés, deux cents incendies, etc.

Les circonstances dans lesquelles s'accomplissent ces atrocités fournissent les seules variantes : elles sont plus ou moins tragiquement pittoresques et entraînent par conséquent la presse à en développer plus ou moins le récit et le compte-rendu des débats.

Cette régularité dans le crime se désagrège lorsqu'il s'agit de forfaits moins réitérés, tels que la bigamie, la banqueroute frauduleuse, le faux témoignage (crime), etc. ; elle disparaît entièrement aussitôt qu'on s'enquiert des crimes rares.

On peut établir deux espèces de crimes rares : la première comprend ceux qui ne se manifestent qu'en temps de crises, ou qui sont provoqués par un état de choses déterminé, tels sont les complots contre la vie du souverain — pas de souverain, pas de

Digitized by Google

complot, — le port d'armes contre la France et les intelligences avec l'ennemi, — pas de guerre, pas de port d'armes ni d'intelligences; — le pillage de grains en bande et à force ouverte, crime qui surgit aux années de disette — pas de disette, pas de pillage à force armée.

La seconde espèce comporte les crimes rares proprement dits. Quelques-uns sont en voie de disparaître, la traite des noirs par exemple; d'autres ont dégénéré en délits par suite de l'application de la loi du 13 mai 1863 qui a correctionnalisé la contrefaçon de clé par serrurier, la communication à l'étranger de secrets de fabriques, etc. Avant cette modification, la peine édictée en bien des articles était si sévère que le jury n'osait pas rendre de verdict affirmatif, et alors les auteurs échappaient à la répression par l'acquittement.

D'ailleurs, à notre très humble avis, le Code pénal est à refondre. Le Code pénal a vieilli comme le carcan, la marque et le pilori. Le Code pénal, dont l'original date de 1810, est un glaive démodé. Le Code pénal est devenu réactionnaire dans le sens social du qualificatif. Il est parfois ou trop indulgent, ou trop draconien, malgré ce bémol d'art. 463.

Priver un scélérat de sa liberté, c'est bien; en exiger de l'argent serait mieux. L'amende, chaque fois qu'elle pourrait être efficace — et non illusoire comme il arrive souvent — nous semblerait une excellente répression, bien conforme aux mœurs actuelles. La cupidité est la cause des quatre cinquièmes des méfaits de tous degrés, c'est donc dans leur argent qu'il faut atteindre les coupables. Que d'individus aimeraient mieux faire deux années de prison que de verser vingt mille francs au trésor.

Cela aiderait un peu l'État à payer les frais de justice.

De la pénalité actuelle découlent force surprises à propos des arrêts. Il arrive chaque jour que le public, mis au courant d'une cause par les excellents compte-rendus de la presse, en demeure par conséquent d'apprécier le degré de scélératesse d'un criminel, ainsi que l'intensité du châtiment mérité, le public, disons-nous, prononce son arrêt; or, cet arrêt, fort souvent, est en désaccord avec celui de la Cour, pourquoi? Parce que les magistrats sont liés par la loi.

Digitized by Google

Arrivons à nos crimes rares. Examinons-les, un à un, rapidement. Prenons cependant le temps de dire que nous étudions la respectable période de soixante années, de 1825 à 1885, autrement dit nous embrassons courageusement tout ce que les gazettes et les documents peuvent nous offrir.

RÉVOLTE EN MER.

Jusqu'au décret du 24 mars 1852 sur la marine marchande, ce crime a été poursuivi en vertu d'une loi de 1825 et surtout d'une ordonnance de Louis XIV remontant à 1681.

De 1825 à 1885, la sédition sur mer a éclaté neuf fois. La première en date, commise en 1837, s'est déclarée à bord de la *Jeune Louisa* (assises d'Ille-et-Vilaine, les six matelots acquittés), la dernière s'est produite en 1883 (assises des Côtes-du-Nord, cinq matelots sur sept, condamnés à l'emprisonnement).

Les rébellions les plus graves ont été celles des équipages, 1° du *Jeune Baptistin*, de Marseille, 1867, dans laquelle le second a été puni de la prison; 3° du *Danube*, du même port (1869), un marin condamné; et 3° du *Mongol*, du Havre, en 1873.

Cette dernière affaire fut la plus grave. Le capitaine Babardy parti de Rio de Janeiro sur le trois mâts français le *Mongol*, avec un équipage de près de vingt hommes, dont la moitié était formée d'Anglais, y compris le second et le lieutenant, vit ces auxiliaires étrangers se révolter contre son autorité. Les rebelles s'étaient dits tour à tour malades, afin de se soustraire à la manœuvre lorsqu'en réalité ils fabriquaient des casse-têtes. Grâce au dévouement des matelots français, la sédition put être conjurée. Traduits l'année suivante devant les assises de la Seine-Inférieure, tous les rebelles furent condamnés; la réclusion fut appliquée aux officiers.

Ce genre de crime a le plus souvent le vol pour mobile; toutefois, il est amené par l'insubordination conseillée par l'ivresse; ou bien encore, l'équipage se révolte dans le but de rompre un voyage par dégoût pour telle ou telle destination, telle ou telle traversée.

BARATERIE.

Le crime de baraterie, puni de mort, se présente sous divers

Digitized by Google

aspects; en général, il implique la perte volontaire d'un navire par le capitaine ou patron, qui fait échouer, sombrer ou incendier son bâtiment. Il y a ensuite baraterie lorsque le capitaine fait à dessein fausse route, ou s'il fait jeter à la mer des marchandises, ou s'il cause, toujours sciemment, des avaries au bateau ou à sa cargaison.

On soupçonne parfois encore de baraterie un pauvre pilote dont le navire, livré à son commandement, fait naufrage. Le cas est rare. Il s'est produit trois fois, en 1826, 1827 et 1833 (*La Sophie*), encore doit-on se hâter de dire que le résultat des enquêtes, qui avaient été provoquées par les assureurs, a été l'acquittement des trois pilotes, leur probité ayant été ouvertement reconnue : ils n'avaient été que malheureux.

Nous laissons de côté la baraterie civile; il n'y est en litige que des dommages partiels dus à la négligence. Ainsi, on a intenté des procès à des patrons pour dégâts causés par les souris ou les rats; ils avaient oublié d'embarquer des chats.

Depuis 1825 jusqu'en 1885, les assises ont jugé trente-cinq affaires de baraterie, soit une par deux ans.

Ainsi que pour le crime d'incendie, le motif est presque toujours l'espoir de toucher la prime d'assurance, aussi l'armateur est-il quelquefois complice.

Nous pourrions fournir le relevé complet; nous croyons suffisant de mentionner les accusations principales.

En 1841, les assises de la Corse condamnent aux travaux forcés le patron et deux matelots de *la Médélis*, tartane française détruite volontairement.

En 1865, affaire de la *Clémence-Joséphine*, du Havre. La réclusion est prononcée en 1877 contre l'armateur tandis que le capitaine est relaxé.

La dernière cause de baraterie est le naufrage, en 1882, de l'*Amelia*, jugée en Corse et suivie d'une relaxation générale.

En résumé il n'y a eu que neuf condamnations dans ces trente-cinq affaires.

TRAITE DES NOIRS.

Huit affaires de traite des noirs se sont produites dans le cours de ces soixante années, mais aucune condamnation ne les a suivies.

Digitized by Google

La première affaire date de 1830 et la dernière de 1866.

La plus importante fut celle de l'*Etelvina*, du port de Fécamp, dans laquelle se trouvaient compromis les vingt-neuf hommes d'équipage. L'accusation était double, car, le navire s'étant perdu dans la mer des Antilles, on soupçonna le capitaine d'avoir voulu masquer un crime par un autre. Il n'en avait rien été.

Sauf dans un cas, resté sans preuves, la bonne foi des navigateurs a été reconnue. Les voiliers incriminés avaient effectivement à bord des nègres, mais ils les transportaient sans en faire trafic.

Donc, en ce qui concerne la France, ces vingt dernières années de silence autorisent à considérer la traite des noirs comme absolument éteinte.

CONTREBANDE PAR DOUANIER.

Aucune contrebande de cette gravité n'a été appelée devant la justice depuis six ans. Durant toute la période sur laquelle nous basons nos observations, il y en a vingt-et-un cas.

Deux seulement ont été constatés sur le littoral (dans les départements de la Manche et de la Gironde), tandis que la moitié a été commise par des agents du département du Nord.

Trois fois seulement les travaux forcés ou la réclusion ont dû être appliqués ; douze fois sur vingt-et-une les douaniers ont été relaxés, la délation ayant été erronée ou mensongère. La contrebande par douaniers n'est pour ainsi dire jamais active, elle est favorisée; c'est légalement la même chose, cependant il importe d'établir une nuance.

Les gens malveillants, ainsi que les personnes d'esprit étroit, calfeutrées dans leur chambre à coucher, tiède et moëlleuse, à l'abri de la pluie, des tourmentes et des balles de contrebandiers, jugeront encore trop élevée cette proportion d'un agent infidèle sur huit mille. A nous, au contraire, elle semble admirable, étant donnés les passions et les besoins dont l'humanité est assaillie. Nous trouvons belle cette victoire de l'honneur et de la discipline sur les passions, nous nous déclarons heureux de pouvoir confier à quelques tirailleurs isolés, dévoués jusqu'à mourir assassinés au poste, la garde d'une ligne frontière de mille lieues de long.

Digitized by Google

COMMUNICATION A L'ÉTRANGER DE SECRETS MANUFACTURIERS.

Jusqu'à la fin de 1863, cette infraction était qualifiée crime, or, de 1825 à 1863, le ministère public n'a eu à instruire que trois affaires (en 1832, 38 et 51, départements du Bas-Rhin, de la Meurthe et du Morbihan).

Sur les sept accusés compris dans ces trois affaires, il n'y a eu qu'un seul condamné (prison), pour les autres, l'intention de nuire n'avait pas été démontrée.

Le fait est notoirement grave lorsqu'il relève l'accusation de divulgation touchant le matériel de guerre, il peut passer alors de la juridiction de droit commun à la compétence des conseils de guerre.

HOSTILITÉS ENVERS UNE PUISSANCE ÉTRANGÈRE EXPOSANT LA FRANCE A DES REPRÉSAILLES.

Ce crime, de manifestations publiques, désapprouvées par le gouvernement, hostiles à une nation étrangère, pouvant exposer des Français à la réciprocité, a été remis en lumière par un cas tout récent, il n'avait pas paru depuis la période 1831-1838 devant laquelle le jury, agissant en conformité des art. 84 et 85 du C. pén., a eu quatre fois à se prononcer; mais, trois fois sur quatre son verdict a été négatif. Un seul accusé sur 29 a été condamné (emprisonnement). En 1831, il s'agissait de violences exercées par des Français contre des douaniers étrangers qui avaient saisi des objets de contrebande; en 1834, le crime était caractérisé par une association de malfaiteurs, ayant en vue la dévastation de propriétés espagnoles en 1838, la justice avait été saisie d'opérations financières effectuées pour le compte d'un prince en guerre avec une nation alliée.

CONTREFAÇON DE CLÉ PAR SERRURIER.

On sait par la loi qu'il y a crime si le serrurier connaît l'usage que l'on prémédite de faire de la clé qu'il façonne. Il est donc complice et par conséquent assimilé aux voleurs.

Trois cas seulement se sont produits durant la période précitée (1837, Deux-Sèvres; 1852, Bouches-du-Rhône et 1856, Corrèze). Deux des trois serruriers ont été condamnés.

Digitized by Google

CONTREFAÇON D'EFFETS PUBLICS.

On contrefait un peu tout, la monnaie, les billets de banque, les signatures, les timbres, les sceaux, les timbres-poste, on contrefait même le vin et le cri des animaux, mais une seule fois, entre 1825 et 1885, on a eu l'idée de contrefaire un titre de rente.

Le fait a eu lieu à Paris en 1872.

FORFAITURE.

Le nom de forfaiture est généralement attribué à toute infraction commise par un fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions, mais presque toujours aussi le fait est autrement spécifié par la juridiction et par la statistique judiciaire, c'est-à-dire d'après sa nature, citons pour exemples la soustraction de lettres par un employé des postes, le détournement de fonds par un dépositaire public, la concussion, etc., infraction dont nous abandonnons l'examen pour nous circonscrire dans notre cadre.

Or, la forfaiture telle que les juges en ont retenu le titre n'a été constatée que deux fois, en 1830 et en 1838, et si peu gravement que les deux personnages incriminés ont été renvoyés des poursuites. Dans le premier cas, il s'agissait d'un fonctionnaire du département des Hautes-Pyrénées qui aurait requis la force publique *contre* l'exécution des lois; dans le second, un conseiller municipal du département des Landes était accusé d'avoir concouru à une délibération tendant à une démission dont l'effet eût été d'entraver un service public.

EXPLOSION DE MACHINES A VAPEUR.

La destruction intentionnelle d'un appareil à vapeur est prévue par l'art. 434 du C. p., mais la jurisprudence la distingue des autres genres de destruction.

Depuis qu'il existe des machines à vapeur, deux exemples se sont produits, ils étaient le fait de jeunes gens, l'intention criminelle a été écartée (Dordogne, 1870).

PROVOCATION DE SOLDATS A LA DÉSOBÉISSANCE.

Un seul cas. Il s'est manifesté en 1871 dans le département de

Digitized by Google

l'Oise. Ce crime grave n'ayant pu être prouvé, les poursuites ont abouti à l'acquittement.

. . . . . .

Il s'agit ici du crime analogue à celui qu'ordonna le chanoine Fulbert.

Une régularité bizarre veut que ce crime, assez rare, apparaisse à peu près une fois chaque année.

Les assises en ont jugé quarante-trois dans un laps de cinquante ans.

Bien qu'il soit puni de mort lorsque la victime a succombé, la peine capitale n'a jamais été prononcée; en revanche, et dans la plupart des causes, la répression été sévère, les travaux forcés à perpétuité ont servi souvent d'épilogue.

L'acquittement n'est guère accordé que suivant les prescriptions de l'art. 325 du C. pr., c'est-à-dire quand une femme, pour se soustraire à un attentat, ou pour le venger, punit elle-même le coupable par où il a péché.

Les hommes figurent rarement, comme accusés, dans cette sorte de crime, les annales judiciaires relèvent peu de lâches qui aient participé à la perpétration de cette cruauté sauvage.

Ici se termine notre ronde dans les coins les plus obscurs, les plus oubliés du crime.

Les infractions que nous venons d'exhumer ne sont pas dans leur ensemble des plus graves, malheureusement. Aussi, formons-nous le vœu que le rédacteur, qui refera ce même article dans cent ans, puisse inscrire parmi les crimes rares ces monstrueuses horreurs, anti-françaises, qu'on nomme l'assassinat, l'incendie, l'empoisonnement, le parricide. JEAN ALESSON.

BIBLIOGRAPHIE.

PRÉCIS DE L'ASSURANCE SUR LA VIE,

Par M. Alfred de COURCY,
Administrateur de la Compagnie d'assurances générales.

Compte rendu par M. Ch. TESTOUD,
Professeur à la Faculté de droit de Grenoble.

M. de Courcy est trop connu des lecteurs de la *Revue critique*

Digitized by Google

pour qu'il soit nécessaire de louer devant eux un écrivain juridique, souvent original, toujours plein de verve, clair et nerveux. Il y a chez lui deux hommes : le jurisconsulte et l'homme d'affaires. En cas de conflit, (et à propos de matières telles que les sociétés, les assurances maritimes ou sur la vie les conflits sont fréquents), c'est l'homme d'affaires qui l'emporte, l'homme d'affaires moins soucieux des traditions que des nécessités pratiques, ayant les yeux fixés moins sur le passé que sur l'avenir. Ajoutons enfin un dernier trait au tableau : il règne dans les écrits de M. de Courcy un ton de loyauté chaleureuse qui séduit le lecteur et qui le fait se passionner pour des questions qui, discutées par d'autres écrivains, l'auraient laissé plus que froid.

Le *Précis de l'assurance sur la vie* en est à sa troisième édition. La deuxième avait paru en 1880; la première en 1870. Depuis la deuxième édition, le marché financier a été ébranlé par une crise violente. Une société d'assurance sur la vie, le « Crédit viager », a fait faillite, ce qui, paraît-il, ne s'était pas encore vu dans notre pays, depuis que l'assurance s'y est propagée. Malgré ces circonstances défavorables, l'assurance sur la vie n'en a pas moins continué à se vulgariser. Les chiffres que cite à cet égard M. de Courcy sont significatifs. Les questions qui s'y rattachent offrent donc un intérêt de plus en plus grand.

Il est assez difficile de caractériser le livre que nous avons sous les yeux. Ce n'est pas un traité juridique. Les grandes controverses qui ont agité le monde juridique pendant ces vingt dernières années ne sont qu'effleurées. L'auteur se contente d'exprimer son opinion personnelle, non sans décocher quelques traits malins à la doctrine et à la jurisprudence. Quant à la discussion approfondie et minutieuse, ce n'est pas dans ce petit livre que l'homme d'études ira la chercher. Est-ce un petit traité d'économie politique. Pas davantage. Et, cependant, l'économie politique n'en est pas exclue. Chemin faisant, l'auteur nous dit un mot d'un des plus grands problèmes à l'ordre du jour de la science économique, le problème des assurances par l'État (pages 292 et suiv.). Ces assurances, qui sont préconisées par certains groupes socialistes, M. de Courcy les condamne énergiquement, au nom de l'intérêt des finances publiques. Il leur

Digitized by Google

oppose un argument analogue à celui qui a été opposé, particulièrement par M. Léon Say, aux partisans du rachat des chemins de fer et de leur exploitation par l'État. Les assurances sur la vie sont rachetables et par suite à un moment donné tout assuré peut d'une part arrêter le paiement des primes, d'autre part, réclamer un capital dont le chiffre est fixé par un tarif. Evidemment la faculté de rachat des assurances s'exerce plutôt dans les temps de crise et de révolution, lorsque les capitaux se cachent et que chacun cherche à réaliser toutes ses resources. Or, c'est là l'argument de M. de Courcy, que deviendrait, en temps de crise, le crédit de l'État, si une masse imposante d'assurés venait exiger le capital de rachat de leurs assurances? « Il y a là, dit-il, un argument péremptoire à opposer aux partisans irréfléchis de l'assurance par l'État. » M. de Courcy paraît du reste assez préoccupé pour les compagnies de l'éventualité des rachats en masse et il propose l'insertion, dans les conditions générales des polices, d'une clause, fort prudente, à notre avis, aux termes de laquelle la faculté de rachat cesserait de s'exercer toutes les fois que les fonds d'État seraient descendus au dessous d'un certain taux.

Le *Précis* de M. de Courcy, tout en contenant des notions juridiques et économiques, n'est donc pas, à proprement parler, un ouvrage économique ou juridique; son but est plus modeste et plus immédiatement utile. C'est un livre de vulgarisation pratique qui s'adresse aux pères de famille qui veulent préparer l'avenir de leurs enfants et aussi, et surtout peut-être, aux agents des compagnies qui souvent comprennent mal l'institution dont ils sont les organes et ont besoin d'être stylés, dans leurs rapports avec le public.

Aux pères de famille, l'auteur apprend quel est le véritable objet du contrat d'assurance sur la vie, quelles en sont les variantes, quelles sont enfin les combinaisons préférables, dans telle ou telle situation de famille.

A quelle compagnie convient-il de s'adresser de préférence ? C'est un des points sur lesquels l'auteur insiste avec force. Il recommande, une fois de plus, aux assurés de fuir les compagnies étrangères, parce qu'elles peuvent se rendre insaisissables. Il cherche aussi à prémunir la clientèle des assurances contre

Digitized by Google

les mirages des prospectus et les séductions des tarifs à bon marché. Le bon marché, en matière d'assurance, n'est souvent qu'un piège, dissimulant de cruels mécomptes, pour ne pas dire des escroqueries.

Mais c'est surtout, comme on l'a dit plus haut, aux agents des compagnies que s'adresse l'expérience de l'auteur. Ils ne doivent pas exagérer les bienfaits du contrat d'assurance, lui attribuer des effets que, par sa nature, il n'est nullement destiné à produire. Ce n'est pas un contrat de capitalisation, c'est un contrat d'indemnité ; l'assuré ne fait pas un placement et la participation aux bénéfices ne représente pas l'intérêt des primes. L'assurance n'a pas non plus pour but de créer une garantie au créancier de l'assuré. Elle ne peut que lui fournir un supplément de garantie. En somme, il ne faut pas que les agents péchent par excès de zèle et que leurs paroles soient plus grandes que les choses. Les trop grandes espérances sont suivies de trop grandes désillusions.

Nous avons ainsi dessiné la physionomie générale du livre de M. de Courcy. Qu'on nous permette, en terminant, d'insister sur quelques détails juridiques, sur quelques solutions dont on ne saurait dissimuler l'importance, étant donnée leur source autorisée. Il n'y a pas, en France, de loi sur les assurances sur la vie. Elles n'ont été, à notre connaissance, mentionnées que dans les lois fiscales. M. de Courcy s'en applaudit. Une loi hâtivement discutée, non sans quelque confusion, amendée au cours de la discussion et finalement votée par des personnes en majorité peu familiarisées avec les besoins de l'institution, contiendrait des incohérences et des surprises (page 225). « Laissez faire, ajoute l'auteur, la coutume et la jurisprudence. Les bonnes lois sont celles qui suivent les coutumes pour les coordonner, pour les unifier, lorsqu'elles sont divergentes, non pas celles qui les précèdent ».

Ce silence de la loi n'est pas toutefois sans inconvénients. Il permet de naître, il permet même de s'éterniser, à des controverses, dont la solution est vitale pour l'avenir des assurances.

Aux yeux de l'auteur, toute la matière pourrait et devrait se résoudre en un principe unique, d'où se déduiraient logiquement les réponses aux questions controversées.

Digitized by Google

Le contrat d'assurance sur la vie est un contrat ayant pour objet une indemnité à payer par la compagnie lors du décès d'une personne déterminée. Là serait la véritable charte de l'institution. Comme le contrat a un objet moral et licite, les tribunaux n'auraient qu'à l'interpréter et à l'appliquer, conformément à l'intention des parties. M. de Courcy raille, avec esprit du reste, les efforts des auteurs et de la jurisprudence pour concilier la pratique de l'assurance avec le principe de droit civil d'après lequel on ne peut stipuler que pour une personne déterminée et capable d'acquérir.

Que l'assurance soit un contrat d'indemnité, cela nous semble à la fois logique et moral. Cela n'exclut pas l'assurance sur la vie d'un tiers; cela en subordonne seulement la validité à un intérêt à l'existence de ce tiers. Cet intérêt devra être prouvé, ou il sera présumé par le fait même de l'assurance. Nous omettons ce problème. Mais nous nous séparerons de notre auteur, lorsqu'il tourne en ridicule les arrêts qui ont cherché à concilier l'assurance sur la vie avec l'art. 1121. Les magistrats pouvaient-ils, à moins de s'arroger les attributions du préteur romain, ne pas tenir compte, dans une question de contrat, des principes généraux des contrats? M. de Courcy ne nous dit-il pas (page 159) : « L'assurance relève du Code civil, mais seulement au titre des contrats et obligations conventionnelles, en général. Elle est régie par les admirables règles des conventions et par le grand principe de l'art. 1134. » Pourquoi du reste ne pas se rallier à l'ingénieuse doctrine de M. Labbé qui analyse l'assurance sur la vie, en une gestion d'affaires. Cette doctrine est bien plus plausible que ne le croit M. de Courcy.

Mentionnons enfin un point de vue particulier à l'auteur, et auquel, cette fois, nous nous rallions pleinement. Selon lui, il y aurait dans l'assurance deux valeurs distinctes : le capital assuré qui ne serait dû qu'au décès et aux ayant-droit de l'assurance, et la valeur de rachat pendant la vie de l'assuré, cette dernière variable et croissant sans cesse, *vires acquirit eundo*. Celle-ci seule pourrait et devrait figurer dans le patrimoine de l'assuré, pour la détermination de l'actif de la faillite et le calcul de la réserve. Elle seule enfin devrait, si la loi du 21 juillet 1875 n'en avait décidé autrement, servir de base à l'exigibilité des droits

Digitized by Google

de mutation. Toutes ces déductions nous semblent se relier logiquement à la conception du contrat d'indemnité.

Nous croyons avoir, par ce qui précède, donné une idée suffisante du livre de M. de Courcy. Grâce à l'auteur, qui s'est fait pour ainsi dire l'apôtre de l'assurance sur la vie, celle-ci est désormais vulgarisée. Son *Précis* s'adressait au grand public et non à quelques lecteurs spéciaux. Il est allé à son adresse et il ira de plus en plus. CH. TESTOUD.

HISTOIRE DU DROIT ET DES INSTITUTIONS DE LA FRANCE [1],

Par M. E. GLASSON,
membre de l'Institut, professeur à la Faculté de Droit de Paris.

Compte-rendu par M. F. LARNAUDE, agrégé à la Faculté de Droit de Paris.

M. E. Glasson va enfin combler la lacune souvent signalée de notre littérature historico-juridique. Le premier volume de son *Histoire du droit et des institutions de la France*, qui finit avec l'époque gallo-romaine, nous promet en effet un ouvrage complet, approfondi, au courant des derniers travaux, sur les origines et le développement de nos institutions publiques et privées. Ce n'est pas qu'il n'eût paru déjà, dans ces dernières années, à la suite de l'introduction dans les Facultés de Droit du cours d'histoire générale du droit français public et privé, un certain nombre d'ouvrages consacrés à cette matière. Les traités de MM. Gauthier [2], Ginoulhiac [3], Guétat [4], sont des livres intéressants à lire et à étudier, le *Précis de l'histoire du droit français* par M. Paul Viollet [5], dont la partie relative au droit privé a seule paru, s'annonce comme un ouvrage de premier ordre, et l'Institut s'est empressé de décerner au livre et à l'auteur les distinctions les plus flatteuses [6]. L'œuvre nouvelle de M. Glas-

[1] Tome Ier, La Gaule celtique, la Gaule romaine. Paris, F. Pichon, 24, rue Soufflot, 1887.

[2] Gautier, *Précis de l'Histoire du droit Français*, Paris, 1882.

[3] Ginoulhiac, *Cours élémentaire d'Histoire générale du droit Français*, Paris, 1884.

[4] Guétat, *Histoire élémentaire du droit Français*, Paris, 1884.

[5] Paul Viollet, *Précis de l'Histoire du droit Français*, accompagné de notions de droit canonique et d'indications bibliographiques, Paris, 1884-1886.

[6] Le 1er fascicule du *Précis de l'Histoire du droit Français* a été honoré du grand prix Gobert de l'Académie des inscriptions et

Digitized by Google

son ne fera double emploi avec aucun de ces traités. M. Viollet nous avertit, en effet, dans son avant-propos qu'il veut « initier les commençants et fournir à ceux qui veulent étudier personnellement telle ou telle partie de l'histoire du droit un premier aperçu général du sujet et les indications bibliographiques indispensables. » La partie déjà parue du livre de M. Viollet dépasse certainement le programme modeste qu'il se traçait. Il n'en est pas moins vrai qu'il ne vise pas à être complet. Quant aux ouvrages de MM. Gauthier, Guétat, Ginoulhiac [1], ils ont surtout pour but la préparation aux examens. Le livre de M. Glasson sera, autant qu'on peut en juger par le premier volume qui vient de paraître, un ouvrage d'une autre nature. Ce n'est pas que M. Glasson nous apprenne ceci dans l'avertissement que contient son tome premier. Il prend soin de nous dire qu'il ne s'expliquera sur le but de son ouvrage que lorsqu'il l'aura terminé. Mais ce qu'il ne nous apprend pas, nous pouvons le découvrir en nous reportant à son *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre* dont l'*Histoire du droit et des institutions de la France* paraît n'être qu'un pendant. Or l'on peut dire des six beaux volumes sur l'*Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre* qu'ils forment le livre le plus complet qui ait été écrit sur l'histoire du droit anglais. Il en sera certainement de même de l'ouvrage que M. Glasson entreprend sur l'histoire de nos institutions, à en juger par l'ampleur des développements qu'il a consacrés aux matières que renferme le premier volume. On peut dire que tout ce qui a été écrit sur la période de l'histoire de notre droit antérieure à la domination romaine, et que tous les travaux dont le droit public et privé romain a été l'objet, ont été dépouillés par M. Glasson avec le soin le plus scrupuleux, et qu'il en a extrait tout ce qui pouvait être présenté avec un caractère suffisant de certitude scientifique. Nous touchons là à un des mérites essentiels du livre. On voit bien que l'auteur est un jurisconsulte qui n'accepte pas

belles-lettres et M. Viollet a été élu membre de cette Académie le 28 janvier 1887.

[1] Il faut dire cependant que le livre de M. Ginoulhiac renferme sur certains points, notamment sur les sources du droit aux époques franke et féodale des développements extrêmement étendus et des analyses très complètes.

Digitized by Google

facilement les conjectures hasardées où se complaît souvent l'imagination de certains publicistes, plus soucieux d'arranger l'histoire suivant leurs idées préconçues et leurs systèmes que de suivre docilement les indications souvent bien maigres, il est vrai, des textes. On ne fait cependant œuvre durable qu'à cette condition. Et il ne serait pas difficile de démontrer que les seules parties de l'histoire de nos institutions qui aient fait quelques progrès sont celles où cette méthode rigoureuse et patiente a été suivie. Il y a d'aillenrs des degrés dans ce mode de procéder et on peut être plus ou moins hardi dans l'interprétation. M. Glasson a le très grand mérite, à mon sens, de montrer à ce sujet la plus prudente réserve. Quelques-uns l'accuseront peut-être de timidité. On obtient sans doute ainsi des résultats qui peuvent paraître médiocres, mais on a au moins les plus grandes chances pour qu'ils s'écartent le moins possible de la vérité.

Arrivons maintenant à l'analyse de ce premier volume. M. Glasson nous apprend qu'il compte suivre la méthode qu'il a employée pour l'histoire du droit anglais et qui se caractérise par la division en périodes. Ici nous sommes obligé de faire nos réserves. M. Glasson défend très adroitement cette méthode contre celle qui consiste à prendre chaque institution à part et à la suivre dans sa complète évolution. Il n'a pas réussi à nous convaincre. Nous avouons toutes nos préférences pour le plan adopté par M. Schäffner[1] ainsi que par MM. Warnkönig et Stein[2] dans leurs ouvrages. Au moins pour la partie consacrée à la procédure, au droit criminel, au droit civil surtout, cette méthode nous paraît présenter d'incontestables avantages. Traiter du mariage, par exemple, en quatre ou cinq endroits différents expose à bien des redites inutiles! Et puis, comment suivre l'évolution souvent si lente d'une institution de droit privé avec un fractionnement semblable? Sans doute pour le droit public proprement dit, il n'en saurait être tout à fait ainsi, et c'est là une concession que nous sommes tout prêt à faire à M. Glasson. Notre organisation politique et administrative n'a pas emprunté

[1] Schäffner, *Geschichte der Rechtsverfassung Frankreichs*. Francfurt ain Mein, 2e éd. 1859, 4 vol.

[2] Warnkönig und Stein-, *Französische Staats- und Rechtsgeschichte*. Basel, 2e éd. 1875, 3 vol.

Digitized by Google

grand chose à celle des Romains, encore moins à celle des Franks! La division en périodes est ici assez naturelle. Et cela est surtout vrai pour notre droit; car, comme le fait très justement remarquer M. Glasson, nulle part autant que chez nous il n'existe de séparations nettes et tranchées comme celles qui divisent l'histoire de nos institutions. Maintenant, étant admis que c'est cette méthode qui doit être suivie, M. Glasson en tire le meilleur parti possible. Les divisions qu'il adopte sur chaque période, larges et bien conçues, se reproduisent à la période suivante. Et le lecteur peut ainsi reconstituer lui-même très facilement la trame brisée d'une institution. Dans chaque période, M. Glasson consacre des chapitres distincts aux sources du droit; aux institutions politiques et administratives, au droit civil; à l'organisation judiciaire, à la procédure, au droit criminel, aux rapports de la religion avec l'État. Il y a là des cadres bien tracés dans lesquels viennent s'enchasser avec ordre des développements à la fois abondants et précis.

Je ne dirai pas grand chose de la partie gauloise et moins encore des périodes dites préhistoriques. Je ne crois pas que le droit ait à retirer grand profit d'études où la conjecture est à peu près le seul moyen d'investigation. Je reconnais tout ce qu'il y a d'ingénieux, de vraisemblable parfois, dans la reconstitution des pratiques de ces époques reculées. Mais vraiment le terrain est par trop semé de chausses-trappes. C'est d'ailleurs le sentiment que paraît avoir éprouvé M. Glasson dans son très complet et très consciencieux résumé des innombrables travaux dont ces temps éloignés ont été l'objet. A chaque instant on le voit manifester ses doutes. Il n'ose poser le pied nulle part. Ce sont à chaque fois des réserves et des protestations contre les hardiesses de quelques-uns de nos celtisants les plus renommés. Je désirerais cependant attirer l'attention du savant membre de l'Institut sur un point de géographie gauloise que les érudits du Sud-Ouest de la France ne me pardonneraient pas d'omettre. A la page 24 et dans sa note 4 M. Glasson place les Sotiates et Sos, qui a été peut-être leur capitale, dans le Lavedan c'est-à-dire dans la région de Lourdes (département des Hautes-Pyrénées). Il n'y a pas de question plus discutée que celle de l'emplacement de ce fameux oppidum des Sotiates qui arrêta quelque temps Crassus; le

Digitized by Google

lieutenant de César. Les uns le placent à l'endroit même où se trouve aujourd'hui le bourg de Sos, dans le Néracais (département du Lot-et-Garonne). D'autres, comme M. Camoreyt[1], soutiennent très fortement que l'oppidum des Sotiates n'est autre que la ville de Lectoure (département du Gers). Cette dernière conjecture paraît très vraisemblable à M. Mommsen qui, dans une lettre écrite à M. Bladé, le savant auteur de l'*Epigraphie antique de la Gascogne*[2], indique les raisons de tactique et de stratégie militaires qui semblent faire pencher la balance pour Lectoure. Mais quant à placer les Sotiates dans la région de Lourdes et de Campan, aux pieds des Pyrénées, c'est une opinion qui n'a, que je sache, été encore soutenue par personne.

La partie du livre de M. Glasson consacrée à la période gallo-romaine nous arrêtera plus longtemps à cause de son importance et de la place considérable qu'elle occupe dans le volume (488 pages sur 592).

M. Glasson avait ici à éviter un écueil. Comme les institutions de la Gaule à partir de la conquête se confondent presque avec celles de Rome il aurait pu être tenté de faire un traité complet de droit romain public et privé. Il n'a pas voulu, avec raison, entreprendre un pareil travail qui aurait quelque peu dénaturé le caractère de son ouvrage. Il s'est borné à choisir dans les institutions romaines ce qu'il y avait de plus spécial à notre pays, et a fait en quelque sorte un traité de *droit provincial romain*. C'est ainsi que pour les sources du droit, l'une des parties les plus complètes et les mieux traitées de son ouvrage, il insiste avant tout sur celles qui sont plus spécialement utiles pour l'étude des institutions de la Gaule romaine, sur les textes et les œuvres des jurisconsultes qui paraissent y avoir été plus particulièrement appliqués et étudiés. C'est ainsi encore que pour l'état des personnes, il consacre de longs développements à la situation des habitants de la Gaule avant et depuis la célèbre constitution de Caracalla. M. Glasson, à propos de cette condition civile des *peregrini* gaulois, a trouvé moyen d'écrire un véritable traité de *droit international privé romain*.

[1] Camoreyt, *L'Emplacement de l'oppidum des Sotiates*. Auch, 1883.

[2] J. F. Bladé, *Epigraphie antique de la Gascogne*. Bordeaux, 1885, p. 197.

Digitized by Google

Il n'a pas oublié cette question si obscure de la destinée des coutumes gauloises sous la domination romaine. Ses conclusions sont celles qui s'imposent de plus en plus aujourd'hui. Le vieux droit gaulois a été complètement étouffé sous l'étreinte puissante de ce droit romain qui domine encore aujourd'hui les législations de tous les peuples occidentaux. Il y aurait, me semble-t-il cependant, une autre question à poser sinon à résoudre : le droit romain lui-même, tel qu'il tend à se constituer dès l'époque des grands jurisconsultes, n'est-il pas de plus en plus le produit de la fusion de tous les droits locaux? Et n'est-ce pas justement parce qu'il a perdu son originalité primitive, parce qu'il s'est approprié les données de l'expérience juridique des autres peuples, parce qu'il a cessé enfin d'être spécialement romain, qu'il a pu si facilement faire disparaître les droits provinciaux? Je dis que la question doit au moins être posée. Quant à la résoudre c'est une tache peut-être impossible. Elle supposerait en effet qu'on peut reconstituer les législations des pays où le droit romain est resté seul maître, et pour la plupart de ces régions, il ne vaut même pas la peine d'entreprendre de déchiffrer cette énigme.

C'en est une autre non moins difficile à deviner que celle de l'origine du colonat, cette institution qui a joué un si grand rôle au point de vue économique et social. N'est-il pas désespérant, après les si nombreux et si remarquables travaux dont ce problème historique a été l'objet, d'avoir à constater que la lumière n'est pas encore faite sur un sujet d'une importance aussi capitale? M. Glasson apporte ici comme partout ses procédés d'investigation rigoureuse et prudente. Il excelle à noter d'un trait, d'un mot, le point faible des théories les plus séduisantes. On est presque tenté de lui en vouloir de détruire ainsi froidement et posément des systèmes aussi ingénieux que ceux qui ont été présentés dans ces derniers temps.

Dans cette période gallo-romaine c'est la partie politique et administrative qui a le plus retenu notre auteur. On ne saurait en effet insister assez sur cette admirable organisation romaine qui a procuré au monde pendant des siècles une prospérité dont on retrouve tous les jours des traces nouvelles. Je sais bien qu'il y a le reproche de fiscalité, mais y a-t-il un gouvernement quel-

Digitized by Google

conque qui y ait encore échappé? Je sais encore qu'il y a les déclamations véhémentes et passionnées d'un Lactance, d'un Salvien contre la corruption prétendue de cette époque. Mais il ne faut pas attendre des révolutionnaires, à quelque catégorie qu'ils appartiennent, l'impartialité des appréciations. Si plus tard, dans un millier d'années, ou fait l'histoire de notre temps avec des extraits de journaux anarchistes, on sera amené à représenter nos institutions sous une couleur aussi sombre qu'inexacte. Il me semble qu'il ne faut pas accorder plus de crédit aux mystiques révolutionnaires du IVe et du Ve siècle. L'empire romain et le christianisme représentaient des principes tellement contraires que l'un devrait fatalement faire disparaître l'autre. Il ne faut jamais l'oublier lorsqu'on lit les philippiques ardentes des écrivains chrétiens de ce temps.

Dans cette partie du livre de M. Glasson il faut lire surtout le tableau si complet et si vivant qu'il consacre au régime municipal, aux libertés locales. M. Glasson ne signale pas, dans le chapitre où il traite de l'intervention toujours plus active du pouvoir central dans l'administration des villes, l'intéressante conjecture de M. A. Esmein sur l'existence, à la fin de la domination romaine, au moins dans les principaux centres urbains, d'un *comes civitatis* [1]. Ce *comes civitatis* aurait rempli pour la *civitas* les mêmes fonctions que le *præses* ou le *rector* remplissait pour la province entière et notamment les fonctions judiciaires. Sans doute M. Glasson se réserve de revenir sur ce sujet dans la partie qui fera suite à la période gallo-romaine, lorsqu'il traitera de l'administration franke et de ses origines. En revanche il sera trop tard alors pour mentionner et discuter l'opinion toute nouvelle de M. Fustel de Coulanges [2] qui combat l'idée si accréditée d'après laquelle la fonction de *defensor civitatis* aurait été presque constamment confiée à l'évêque.

Je signalerai aussi en terminant à M. Glasson la brièveté peut-être excessive du chapitre consacré au droit criminel romain. C'est une partie de l'histoire des institutions qu'on néglige assez volontiers. La répression pénale n'est-elle pas cependant une des parties essentielles du droit public?

[1] A. Esmein, *Sur quelques lettres de Sidoine Apollinaire*, p. 27.

[2] Fustel de Coulanges, *Histoire des Institutions politiques de l'ancienne France*, 2e éd. notes et éclaircissements, n° 3, p. 5 3.

Digitized by Google

Mais il est temps de s'arrêter. Un compte-rendu a des bornes et nous les avons peut-être dépassées. Notre excuse sera dans le très grand attrait qu'a exercé sur nous le nouvel ouvrage que M. Glasson va ajouter à la liste déjà longue de ses publications. Il est peu d'exemples d'une activité scientifique aussi féconde et aussi variée que la sienne. Elle nous est un sûr garant que les volumes de l'*Histoire du droit et des institutions de la France* vont se suivre rapidement. F. LARNAUDE.

ESSAI COMPARÉ SUR LES INSTITUTIONS, LES LOIS ET LES MOEURS DE LA ROUMANIE, DEPUIS LES TEMPS LES PLUS RECULÉS JUSQU'A NOS JOURS;

Par M. Nicolas BLARAMBERGER,
ancien avocat général à la Cour de cassation de Bucarest,
membre du Conseil de l'ordre des avocats.

Compte rendu par M. MÉRIGNHAC, professeur agrégé à la Faculté de droit d'Aix.

M. Blaramberger, ancien avocat général à la Cour de cassation de Roumanie, ancien sénateur, ancien député, avait, comme magistrat, législateur et jurisconsulte, une compétence toute indiquée pour nous initier aux lois de son pays, dont il a voulu aussi nous faire connaître les mœurs et les institutions en général. Cette dernière tâche était un peu lourde peut-être; tout au moins demandait-elle des développements plus étendus que ceux qu'il nous a donnés. On peut, d'autre part, regretter de ne pas trouver dans son travail plus d'ordre et de méthode, aussi bien qu'un plan d'ensemble dominant l'œuvre entière et facilitant les recherches. Peut-être ce défaut s'explique-t-il par l'indication que l'auteur donne dans sa préface. Il a voulu, dit-il, combler une lacune importante au point de vue surtout de l'origine, de la filiation et du caractère des institutions roumaines; mais il a travaillé pour lui-même et, en principe, il ne songeait pas à livrer à la publicité le fruit de ses études. Ceci indique pourquoi, au lieu de constituer un tout, l'œuvre de M. Blaramberger apparaît plutôt comme une série de notes pouvant servir à l'histoire de la Roumanie; et il est à souhaiter que l'auteur nous donne, un jour, l'ouvrage complet dont il nous présente aujourd'hui l'esquisse.

Ces réserves mises de côté, le livre est d'une lecture attrayante: il nous fait pénétrer dans les institutions d'un peuple jusqu'ici

Digitized by Google

peu connu dans ses mœurs et ses traditions; nous assistons à la formation de la Roumanie depuis les temps les plus reculés jusqu'à l'époque actuelle, où l'auteur analyse fort exactement la constitution du pays, la division des personnes et des terres, les attributions des tribunaux et des assemblées législatives.

Il est regrettable que la partie de beaucoup la plus courte soit consacrée aux institutions juridiques. L'auteur débute ici par l'exposé de la constitution du 30 juin 1860 qui est, selon son expression, « *l'inventaire des droits et des libertés conquises par le pays.* »

Il nous apprend que la loi la plus ancienne du pays moldave est le Code de Basile le Loup, où l'on relève des maximes de l'ordre le plus élevé, telles que celle-ci : « *Celui qui trahira sa patrie sera puni plus qu'un parricide* »; mais qui par contre en renferme d'autres assez obscures, notamment celle d'après laquelle « on reconnaît une femme adultère au lieu qu'elle habite et à ses vêtements. »

Il passe ensuite en revue les législations postérieures : il nous parle du Code de Charles Ghika, de celui d'Ypsilanti de 1777 et de celui de Caradjà publié en 1817. Puis il arrive aux Codes promulgués en 1817 par le prince Callimaki, dont les dispositions sont empruntées surtout au Code autrichien. Enfin, il nous indique le règlement organique de 1831, tout à la fois Code politique, administratif, commercial et pénal, qui, réuni aux anciens textes et aux collections des circulaires et ordonnances princières, constitue le droit actuel.

Un Code de commerce calqué sur le Code de commerce français et promulgué sous Alexandre Gicka, un Code pénal tiré de la même source et appliqué à dater de 1852, puis revisé et largement modifié en 1864, enfin un Code d'instruction criminelle datant également de 1864 forment le complément de cette législation.

L'auteur mentionne en dernier lieu un Code civil décrété par le prince Couza et qui n'est qu'une traduction informe de notre Code civil français, plus un Code de procédure copié sur celui du canton de Vaud.

A la suite de cette énumération nous aurions voulu trouver sinon le commentaire complet de ces divers Codes, du moins le résumé de l'état de la science du droit, des travaux des jurisconsultes, des monuments de la jurisprudence. Sur ce point, qui au-

Digitized by Google

rait constitué la partie vraiment personnelle de l'ouvrage, l'auteur garde le silence le plus complet. « Laissons, dit-il, la parole aux maîtres autorisés tels que Demolombe, Laurent, Troplong, Ortolan, etc., dont les œuvres classiques décourageraient même les émules d'une autre taille que la mienne. »

M. Blaramberger s'est trop défié de lui-même; et ceux qui liront le livre, tout en éprouvant le plaisir que nous avons éprouvé nous-même à suivre l'auteur dans ses investigations curieuses sur le passé et le présent de la Roumanie, regretteront avec nous que, par trop de modestie, il n'ait point achevé son œuvre et apporté dans la partie juridique cette note personnelle que si heureusement il a su imprimer aux autres parties de son ouvrage.

A. MÉRIGNHAC.

ŒUVRES JUDICIAIRES DE M. ERNEST PINARD,

ancien procureur général, ancien ministre, avocat à la Cour d'appel de Paris,
Publiées avec une préface par M. Ch. Boullay,
avocat à la Cour d'appel [1],
Compte rendu par M. G. Debacq. docteur en droit, avocat à la Cour de Paris

M. Ch. Boullay appartient au barreau de Paris, comme M. G. Barbier, dont il y a quelques jours nous appréciions ici même le « Code de la Presse ». Comme M. G. Barbier, M. Boullay est un travailleur acharné, il ne lui suffit pas de fréquenter assidûment la barre, il entend consacrer les loisirs que lui peut laisser l'exercice de sa profession à des études sérieuses et utiles à tous.

M. Boullay à réuni et publié les réquisitoires, conclusions et plaidoyers de M. Ernest Pinard.

En tête de cette collection, M. Boullay a placé une préface où, en quelques pages fort joliment écrites, il raconte la vie judiciaire et politique du magistrat, du ministre et de l'avocat, dont il a été le collaborateur.

Dans les deux volumes que nous avons sous les yeux, il n'est rien cependant, en dehors de la préface même, qui se rattache à la politique. On y trouve seulement des réquisitoires, des discours judiciaires ou des plaidoyers.

Rien, en général, de moins favorable à la réputation d'un avocat que la publication de ses plaidoyers, du moins s'il s'agit d'un avocat véritable, c'est-à-dire d'un juriste et d'un praticien, d'un

[1] 2 vol. in-8°.

Digitized by Google

homme en un mot qui ne fait pas seulement de la littérature, qui n'est pas un limeur de phrases, qui a eu le bon sens d'estimer que, pour qui fait profession de plaider, le jugement, l'arrêt ou le verdict à obtenir, est le but sinon unique, du moins le but principal à considérer et à atteindre.

La lecture des œuvres de Lachaud récemment publiées cause à tous ceux qui ont connu et entendu ce grand avocat d'assises, une véritable déception.

On se demande comment ces pages ternes, flasques, sans vigueur, sans éclat, on dirait volontiers, sans ordre ni méthode, peuvent être la reproduction de ces merveilleux plaidoyers qui ont arraché au jury étonné, aveuglé, électrisé tant de verdicts inattendus, de ces improvisations ardentes qui tout au moins, dans les causes où l'acquittement était impossible laissaient à peine aux jurés, de retour de la chambre de leurs délibérations, la force de retrouver un peu de sang-froid et de n'oublier pas absolument, en faisant à l'accusé la part trop belle, les intérêts de la société accusatrice.

Combien, alors que Lachaud s'asseyait à la fin de quelque grand débat après avoir tenu l'audience sous l'étreinte de sa harangue, combien y avait-il de ces juges d'occasion chargés par une loi trop confiante de trancher en dernier ressort nos causes criminelles, combien en était-il qui fussent encore en état de remplir, avec la fermeté voulue par l'art. 312, la mission a eux confiée par la société. Eh bien! donnez à ces mêmes hommes l'acte d'accusation, donnez-leur la plaidoirie publiée et demandez-leur quel eût été le verdict, si au lieu de l'avocat à la barre qui avait « enlevé » son anditoire, le jury n'avait eu pour éclairer sa conscience ou inspirer sa décision que la plaidoirie publiée chez Charpentier, la plaidoirie traduite, trahie, déshonorée, mutilée, assassinée par l'impression.

Les réquisitoires semblent, à en juger par ceux que M. Boullay a empruntés à l'œuvre de M. Pinard, affronter avec moins de méchef que la plaidoierie, que la plaidoierie d'assises surtout, les dangers de la publication.

Il est assez aisé, pour qui relit « les réquisitoires » ou « les conclusions » de M. Pinard, de se rendre compte encore des grands succès dont l'audience de la 1re Chambre à Paris, le prétoire de

Digitized by Google

la Cour de Douai ou la Cour d'assises du Nord ont conservé le souvenir.

Nul n'a eu au parquet de la Seine succès plus brillants que M. le substitut Pinard; nul n'y a occupé place plus grande, ni conquis plus d'autorité.

Il faut entendre les avocats, et maintenant ils se font rares, qui comptaient déjà au palais, quand M. Pinard arriva de Troyes à Paris, il faut les entendre redire l'impression que produisait sur l'audience entière, ce petit homme sec et nerveux, à la figure fine et expressive, quand après les débats longs et compliqués de quelque grosse affaire il portait la parole au nom du ministère public. Au barreau comme au parquet, les hommes de valeur ne manquaient pas alors, si la tribune tenait moins de place dans l'attention du public. Et le palais y gagnait. Eh bien, dès le premier jour, après les plaidoiries d'avocats qui avaient nom Dufaure et Berryer, Favre, Marie, les réquisitoires ou les conclusions du jeune substitut avaient été tout d'abord remarqués. Et, à chaque affaire nouvelle, Pinard avait fait apprécier davantage les qualités de son esprit lucide, de sa parole nette, incisive, élégante.

Ces succès d'audience, qui l'avaient accueilli dès ses débuts dans la carrière aux confins du ressort de Paris, dans un de ces petits tribunaux de début où tant d'autres ne savent que s'endormir ou s'étioler sur les paperasses et les correspondances et les états du parquet, il devait les retrouver aussi vifs et aussi justifiés quand, de substitut à la Cour de Paris, il fut envoyé à Douai en qualité de procureur général.

Presque tous les réquisitoires qui figurent au deux volumes publiés par L. Boullay méritent d'être étudiés avec soin. Il en est un surtout qui vaut qu'on le lise et le relise, celui de l'affaire Flaubert : l'affaire de Mme Bovary. Certes la plaidoirie de Senard, publiée, avec tout le soin qui convenait, par un client reconnaissant et par un client qui avait nom Flaubert, revue probablement, revue certainement par Senard lui-même, au lendemain de l'audience, est des meilleures. On y retrouve le souffle, la griffe du vieux lutteur normand, mais rapprochez la plaidoirie du réquisitoire publié sur les notes recueillies à l'audience par les amis de l'inculpé ou les sténographes de la défense.

Digitized by Google

M. Pinard n'a pas été appelé, lui, à réviser ces notes prises, en dehors de lui, presque contre lui. On les a publiées sans les lui soumettre. Il n'a pu les corriger : et cependant le réquisitoire restera. Il restera, malgré qu'il soit de bon goût, dans un certain monde, de répéter que la poursuite était absurde et qu'il eût fallu, au lieu de traduire Flaubert en police correctionnelle, recommander Mme Bovary aux chefs d'institution en quête de bons livres de distribution de prix. Il restera comme l'œuvre de tous points remarquable et distinguée d'un magistrat de premier ordre. Forme et fonds du réquisitoire sont également excellents.

Mêmes qualités dans le réquisitoire de l'affaire Boudet. Lisons aussi les conclusions dans l'affaire Pescatore, l'affaire de Pelleport, contre le *Moniteur universel*. Faut-il rappeler le réquisitoire Mirès à Douai; signaler celui que prononça M. Picard dans l'affaire Manesse, devant la Cour d'assises du Nord? La péroraison de ce réquisitoire peut être considérée comme un morceau achevé d'éloquence judiciaire.

De l'ampleur sans enphase (et l'emphase est un défaut que MM. du parquet, voire même les meilleurs d'entre eux, ne savent guère éviter), de la dignité sans recherche, une discussion rigoureuse, du trait quand il le faut, mais en même temps beaucoup de sobriété, un langage d'une correction parfaite, telles sont les qualités maîtresses des réquisitoires de M. Pinard.

Nous aimons moins peut-être les plaidoiries qui figurent au 2e volume.

Ce n'est pas chose facile pour un magistrat du parquet de conserver à la barre place égale à celle qu'il a pu avoir au fauteuil du ministère public.

Autre chose est plaider, autre chose est conclure.

Et plus d'un est comme avocat arrivé à l'insuccès de par les qualités mêmes qui lui avaient, comme avocat général, permis de marquer son empreinte. M. Pinard était du petit nombre de ceux qui pouvaient sans embarras, après avoir été comme magistrats aux premiers rangs de leur profession, conquérir à la barre un rang éminent. M. Pinard eut, sous la robe de l'avocat, retrouvé sans peine les succès qui l'avaient accueilli comme officier du parquet; il suffit, pour en être convaincu, de lire 2 ou 3 des plaidoyers publiés par M. Boullay.

Digitized by Google

M. Pinard a préféré avant l'heure, s'éloigner du palais, il a dédaigné, du moins, de se mêler au tourbillon des procès de chaque jour. Il a pris, quand il lui a plu, à l'occasion de quelque gros procès, place à côté des maîtres de la barre, et après avoir montré à tous et à chacun qu'il pouvait aisément tenir tête aux plus hardis et plus brillants lutteurs, il s'est peu à peu retiré de la mêlée, se contentant de contempler de loin (de trop loin pour tous ceux qui l'aiment et l'estiment), avec le sang-froid et le désintéressement du sage, nous ne disons pas avec l'indifférence d'un sceptique, le spectacle des débats judiciaires auxquels il se refuse à prendre part.

Achille est sous sa tente, il ne faudrait, pour l'en faire sortir, que l'occasion. Mais dût l'avenir ne rien ajouter à l'œuvre judiciaire du magistrat et de l'avocat dont nous nous occupons en ce moment, sa part serait bien belle encore. Quand les anciens d'entre nous voudront pour leurs jeunes confrères résumer leurs souvenirs et leurs impressions d'antan ils diront..... C'était au temps où Berryer et Dufaure, où Marie et Favre, où Allou et Bétolaud plaidaient, c'était au temps aussi où Pinard concluait à la 1re Chambre du tribunal.

Et plus d'un ajoutera que si, depuis lors, parmi ceux qui ont après Pinard pris place au fauteuil du ministère public, quelques-uns ont essayé de faire aussi bien, il n'en est pas qui aient fait mieux.

GABRIEL DEBACQ.

L'Editeur-Gérant : F. PICHON.

Paris. — Impr. F. PICHON, 30, rue de l'Arbalète, et 24, rue Soufflot.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

JURISPRUDENCE CIVILE.

ÉTAT ET CAPACITÉ DES PERSONNES.

(Décisions judiciaires publiées en 1886).

Par M. Marcel PLANIOL, agrégé près la Faculté de droit de Paris.

SOMMAIRE.

I. — Causes de divorce : abandon du domicile conjugal par la femme.
II. — Suite; condamnations correctionnelles.
III. — Demandeur en divorce éloigné et malade; commission rogatoire.
IV. — Mesures exceptionnelles prises pendant l'instance pour protéger les biens et droits de la femme contre le mari.
V. — Secret des lettres missives; rapports entre époux.
VI. — Femme divorcée ; nom du mari.
VII. — Domicile légal de l'enfant confié à la mère après la séparation.
VIII. — Demande reconventionnelle en divorce opposée à une demande en séparation.
IX. — Séparation demandée par voie de conclusions subsidiaires dans une instance en divorce.
X. — Pouvoir discrétionnaire des tribunaux dans les demandes de conversion de séparation de corps en divorce.
XI. — Pension alimentaire après le divorce.
XII. — Légitimation opérée par une seconde célébration du mariage.
XIII. — Incapacité insuffisante du prodigue complétée par la jurisprudence.

I.

L'abandon par la femme du domicile conjugal est-il par lui-même une cause de divorce? (Paris, 8 juillet 1886, Sir., 1886, I, 164).

La liste des causes de séparation de corps (qui sont également les causes du divorce) a reçu depuis le Code civil une extension croissante.

D'après la classification traditionnelle ces causes seraient au nombre de trois : l'adultère; la condamnation de l'un des époux à une peine criminelle; les excès, sévices ou injures graves.

En réalité leur liste est beaucoup plus longue.

Parmi les diverses expressions dont s'est servie la loi, il en est une qui a pris une importance considérable : c'est le mot *injures*. L'injure ne résulte pas seulement d'une parole ou d'un geste; elle peut se trouver aussi dans un acte isolé ou dans l'ensemble

Digitized by Google

de la conduite. Ainsi entendue l'expression *injures* cesse d'être au même plan que les autres. Elle ne contient plus l'indication d'un fait précis, admis par la loi comme cause de divorce; elle peut s'appliquer à toute espèce de faute de l'un des époux envers l'autre, car il n'y a pas un seul devoir conjugal dont la violation par l'un d'eux ne puisse être considérée comme une injure pour l'autre.

On voit combien la théorie se transforme : quand la loi a parlé d'adultère ou de condamnation, d'excès ou de sévices, elle a prévu des cas particuliers, elle a donné des solutions de détail ; quand elle a parlé des injures, elle a donné une formule générale qui contient l'énonciation d'un principe. C'est comme si elle avait dit que toute faute grave de l'un des époux envers l'autre peut entraîner le divorce ou la séparation.

Je ne suis pas bien sûr que le mot *injures* ait eu pour les rédacteurs du Code un sens aussi large que celui que nous lui prêtons, et qu'ils n'aient pas entendu par là l'injure proprement dite, l'outrage. Mais l'interprétation que ce mot a reçue est si bien admise qu'il n'y a plus à y revenir, et il faut avouer qu'elle a conduit à des résultats fort équitables.

De nouveaux faits, qui n'étaient probablement pas entrés dans les prévisions du législateur, sont venus ainsi prendre place sous le couvert du nom d'injures dans la liste des causes de divorce. Il serait donc temps de modifier notre méthode d'exposition pour la mettre en harmonie avec les résultats acquis depuis quatre-vingts ans.

— Parmi ces faits nouveaux admis par la jurisprudence figure l'abandon du domicile conjugal par la femme.

Quand cet abandon n'est pas justifié par des motifs sérieux, tels que « le souci de sa dignité méconnue ou le soin de sa sécurité compromise », doit-il nécessairement être considéré comme injure grave, suffisante pour motiver le divorce ou la séparation ?

Le tribunal de la Seine avait jugé qu'il n'a pas par lui-même ce caractère et qu'il le prend seulement par les circonstances qui l'entourent, telles que « les causes qui le déterminent ou l'intention méprisante qui l'accompagne ». Par suite il avait rejeté la demande en divorce, le départ de la femme lui ayant paru « le

Digitized by Google

résultat d'une absence d'affection vis-à-vis de son mari et d'une indifférence absolument inexplicable à l'égard de sa fille. »

Je ne sais si les circonstances de la cause avaient prédisposé l'esprit des magistrats en faveur de la femme. Mais leur décision me semble injustifiable en dehors des considérations d'espèce. La Cour l'a très sagement réformée, et en très peu de mots. « La cohabitation constitue la principale obligation du mariage. » L'abandon par la femme du domicile conjugal est donc un manquement grave à ses devoirs. De là résultent l'injure et la cause de divorce, sauf la restriction nécessaire et déjà indiquée, lorsqu'il y a des motifs sérieux qui légitiment la retraite ou la fuite de la femme.

Le tribunal avait ajouté, comme arguments accessoires, que l'intention du législateur s'était clairement manifestée par la suppression d'une disposition en ce sens que contenait la législation antérieure, et que le système contraire au sien conduirait aisément au divorce par consentement mutuel pour incompatibilité d'humeur.

Ni l'un ni l'autre de ces motifs ne sont concluants.

Si le législateur n'a pas voulu mentionner l'abandon du domicile comme cause péremptoire de divorce, c'est qu'il peut quelquefois se trouver justifié. On a donc laissé l'appréciation des faits aux tribunaux. Mais ceux-ci renversent les termes du problème quand ils cherchent le délit dans les circonstances extérieures et non dans le fait même de l'abandon : l'abandon est par lui seul un manquement au devoir. Il contient en lui l'élément délictueux, et ce qui peut lui venir du dehors, c'est au contraire la cause justificative qui l'explique et le rend légitime.

Enfin le dernier argument du tribunal, qui contient une observation vraie, nous conduirait trop loin, car il se retournerait contre toutes les causes de divorce. Il dépendra toujours des époux d'y arriver par un commun accord; il suffira que l'un donne à l'autre le droit d'agir par des fautes volontairement commises. Ce sera sans doute une pure comédie, mais qu'ils peuvent toujours jouer, s'ils ne croient pas leur liberté trop chèrement achetée au prix d'un scandale.

Digitized by Google

II.

Les condamnations correctionnelles peuvent aujourd'hui encore justifier le divorce ou la séparation de corps, quand elles sont outrageantes pour l'autre époux. (Toulouse, 7 juillet 1886, Sir., 1886, II, 209).

Grâce à l'interpétation qu'elle a donné du mot *injures*, la jurisprudence a réussi, comme on vient de le voir, à ajouter de nouvelles causes aux causes de divorce ou de séparation admises par la loi, en faisant rentrer dans la catégorie des injures tout ce qu'on pourrait appeler les délits conjugaux.

Par le même moyen elle a réussi encore à modifier en pratique les solutions que la loi avait données sur les deux cas prévus par elle d'adultère et de condamnation.

La théorie des causes de divorce s'est trouvée ainsi transformée à la fois par voie d'*addition* et par voie de *correction*.

Pour l'adultère on sait que le Code civil avait voulu établir une différence entre le mari et la femme. Celui de la femme était toujours une cause de divorce; celui du mari n'avait cette conséquence qu'autant qu'il s'agissait d'une concubine entretenue dans la maison conjugale. La jurisprudence avait à peu près supprimé cette différence, en considérant l'adultère du mari commis au dehors comme une injure grave pour la femme, toutes les fois que les circonstances s'y prêtaient, par exemple quand il y avait eu scandale. Le législateur de 1884, s'appropriant ces décisions et procédant avec plus de franchise comme il pouvait le faire, a assimilé l'adultère du mari à celui de la femme; les deux art. 229 et 230, qui en traitent séparément, sont maintenant conçus exactement dans les mêmes termes.

Pour les condamnations pénales, la rectification apportée par la jurisprudence à la solution légale a conservé tout son intérêt.

Le Code avait jugé bon de n'attacher la redoutable conséquence du divorce qu'aux condamnations les plus graves, celles qui frappent le condamné d'une peine criminelle. La jurisprudence a corrigé ce que cette décision pouvait avoir d'incomplet en admettant qu'une condamnation correctionnelle est une cause de séparation de corps, quand il en résulte une flétrissure mo-

Digitized by Google

rale qui peut être considérée comme une injure grave pour l'autre époux.

Cette jurisprudence solidement établie avant 1884 a-t-elle été touchée par la réforme législative qui a rétabli le divorce?

Dans les débats de la loi nouvelle on proposa de dire en termes exprès que les condamnations pour vol, escroquerie, abus de confiance, outrage public à la pudeur, excitation de mineur à la débauche seraient assimilées aux condamnations criminelles. Cette disposition fut écartée [1], mais il demeura entendu que les tribunaux restaient libres de considérer l'infamie de l'un des époux comme une injure grave pour l'autre et de prononcer le divorce (Sir., *Lois annotées*, 1884, p. 659, note 6, col. 1 et 2).

Il résulte de là que ces condamnations sont restées au nombre des causes *facultatives* de divorce, la justice ayant toujours à apprécier le degré de gravité que présente l'injure. Il sera donc permis à un tribunal d'accorder le divorce dans un cas où d'autres l'auront refusé pour la même condamnation. La décision étant laissée à l'arbitraire des juges pourra varier, et il ne faut pas s'en plaindre : tout dépend de l'appréciation du degré d'ignominie, qui peut varier suivant les individus et leur honorabilité antérieure.

III.

Y a-t-il lieu à commission rogatoire quand le demandeur en divorce, étant éloigné du tribunal compétent, se trouve dans l'impossibilité de se déplacer? (Alger, 2 février 1885, Sir., 86, II, 181).

Etant données certaines conditions de fait, cet arrêt place le demandeur en divorce dans l'impossibilité de poursuivre sa demande. C'est du moins ce qui est à craindre si l'obstacle allégué est réel et ne cache pas un calcul inspiré par la mauvaise foi ou l'esprit de chicane.

Dans l'espèce c'était la femme qui demandait le divorce. La

[1] L'art. 232 a bien été modifié, mais sur un autre point : les condamnations aux peines non afflictives du bannissement et de la dégradation civique, peines politiques qui dans nos mœurs actuelles n'emportent pas l'infamie que la loi a voulu y attacher, ne sont plus des causes de divorce ou de séparation de corps.

Digitized by Google

requérante vivait séparée de fait de son mari : elle résidait en en Suisse et lui en Algérie. Elle était malade et son état de santé dûment constaté. Ne pouvant se déplacer, elle demandait au président du tribunal compétent de donner commission rogatoire au magistrat de sa résidence pour permettre à celui-ci de recevoir sa requête. Le président du tribunal de Tizi-Ouzou s'y est refusé, attendu que la loi ne contient aucune disposition qui autorise cette commission rogatoire. Il ajoutait qu'en fait la mesure sollicitée par la demanderesse ne lui eût été d'aucune utilité, parce que la loi exigeait sa présence en personne devant le tribunal saisi à toutes les phases de la procédure.

Cette décision est d'une sévérité extrême, et elle risque d'aboutir à un déni de justice. S'il y a d'un côté impossibilité pour le demandeur de se déplacer, de l'autre impossibilité pour le tribunal d'écouter sa plainte sur place, comment obtiendra-t-il raison?

Sans doute la loi tient à ce que dans l'instance en divorce le préliminaire de conciliation soit sérieux. Elle tient à la présence effective du demandeur, et quand il y a empêchement par maladie ou autrement elle a imposé au magistrat une démarche insolite, en l'obligeant à faire lui-même visite au plaideur. Cette dérogation aux usages nous montre l'importance qu'elle attache à leur entrevue, mais elle nous montre en même temps qu'elle n'a pas voulu placer le demandeur dans l'impossibilité d'agir, quand il y a un obstacle à sa présence dans le cabinet du juge. Elle a prévu le cas où le malade se trouve dans la ville même, et non le cas où l'obstacle que crée la maladie se complique de celui que crée l'éloignement. Dans ce dernier cas, il est évident, si l'on veut rester fidèle à l'esprit de la loi, qu'il faut trouver un moyen de sortir de difficulté. La commission rogatoire s'impose, et l'absence de textes n'est pas un motif suffisant pour la refuser, car il n'existe pas, je crois, un seul texte relatif à ce procédé si usité, et inspiré par les nécessités de la pratique.

Digitized by Google

IV.

Les effets de la communauté peuvent-ils être enlevés au mari et confiés à un tiers comme gardien judiciaire pendant la durée de l'instance en divorce? (Paris, 2 mars 1886, Sir., 86, II, 161).

Cet arrêt, rendu quelques semaines avant la loi du 18 avril 1886 qui a si heureusement rajeuni la procédure du divorce, se trouverait aujourd'hui en contradiction avec le texte actuel, et il ne peut guère servir qu'à mettre en lumière une des améliorations introduites dans cette procédure.

Les rédacteurs du Code civil avaient bien prévu le danger qu'il y avait à laisser le mari en possession de tous ses droits sur la communauté pendant la durée de l'instance : l'état de guerre ouverte dans lequel il se trouve avec sa femme peut lui suggérer l'idée d'abuser de ses pouvoirs au préjudice de celle-ci.

Ils avaient essayé d'y pourvoir par les art. 270 et 271. Ces deux articles se complétaient l'un l'autre : le premier visait le mobilier, et le second les immeubles.

Pour le mobilier la femme avait le droit de faire apposer les scellés et de faire dresser inventaire; puis le mari en était constitué gardien judiciaire, ce qui lui enlevait le droit de disposition qu'il tient de l'art. 1428, puisqu'il était désormais obligé de conserver le mobilier inventorié pour le représenter en entier et en nature, le jour venu, sous sa responsabilité personnelle.

Pour les immeubles on s'était également proposé de modifier les droits du mari, mais dans la discussion on se départit un peu de cette sévérité de précautions, et il n'en était resté qu'une possibilité d'annulation pour les actes faits en fraude des droits de la femme. Or la femme peut être considérée comme créancière de son mari à raison de la liquidation prochaine de ses droits. Ce n'était donc plus qu'une application pure et simple des principes généraux de l'action paulienne. C'est à cela que se trouvait réduite, de l'aveu même de ses auteurs, la disposition exceptionnelle qu'on avait projetée dans l'intérêt de la femme.

On se demandait sous l'empire du Code civil si les effets de la communauté une fois inventoriés pouvaient être enlevés au mari et confiés à un tiers. Les opinions étaient partagées. Celle qui

Digitized by Google

semblait l'emporter refusait aux tribunaux le droit de désigner un étranger comme gardien judiciaire à la place du mari. En effet l'article 270, tout en restreignant les pouvoirs du mari, le laissait en possession des effets communs, et l'article 1961, qui énumère limitativement les cas dans lesquels la nomination d'un séquestre est possible, ne saurait être étendu au cas de divorce que par une interprétation abusive. En l'absence d'un texte il était dont plus sûr de s'abstenir.

La Cour de Paris dans l'affaire qui lui était soumise s'est rangée à cet avis, en infirmant l'ordonnance de M. le Président du tribunal civil de la Seine, aux termes de laquelle les valeurs trouvées sous les scellés devaient être remises à un notaire, le mari ayant seulement le droit d'en percevoir les revenus.

Une pareille décision ne serait plus possible aujourd'hui, et la controverse se trouve tranchée en sens inverse par le texte nouveau.

Nos deux articles avaient bien été rétablis sans changement en 1884; mais quand survint la réforme de la procédure du divorce en 1886, l'article 270 (devenu l'article 242) fut considérablement modifié.

La rédaction primitive parut incomplète : les mesures de précaution prises contre le mari ne concernaient que le mobilier commun, et elles se réduisaient à l'apposition des scellés.

Le texte nouveau s'exprime d'une manière beaucoup plus large; il protège même le mobilier propre à la femme que le mari peut avoir en sa possession, et il autorise toutes les mesures conservatoires possibles, en citant l'apposition des scellés seulement à titre d'exemple.

En outre on a voulu prévoir les cas exceptionnels où la femme aurait entre les mains tout ou partie des effets communs ou propres à son mari, et on a autorisé par voie de réciprocité les mêmes mesures contre elle en donnant ce droit à l'un ou à l'autre des époux.

On a substitué aux mots *effets mobiliers* dont s'étaient servis les auteurs du Code l'expression plus générale de *biens*, ce qui pourrait permettre des mesures conservatoires même pour les immeubles.

Digitized by Google

Enfin une dernière addition a été faite, et c'est elle précisément qui donne tort à l'opinion précédemment suivie et adoptée par notre arrêt. L'alinéa final du nouvelle article dit en effet : « Les objets et valeurs sont inventoriés et prisés ; l'époux qui en est en possession en est constitué gardien judiciaire, *à moins qu'il n'en soit décidé autrement.* » — Ce n'est donc plus nécessairement le mari qui les conserve. Ce peut être la femme, ou même un tiers. Et voilà du même coup un quatrième cas où la nomination d'un séquestre est possible, à ajouter à ceux de l'art. 1961.

V.

Le mari a-t-il le droit d'intercepter les lettres écrites par sa femme ou adressées à celle-ci par un tiers ? (Cass. civ., 15 juillet 1885, Sir., 86, I, 101).

Quand cette question se pose devant les tribunaux, il s'agit presque toujours de lettres produites comme preuves dans un procès en séparation de corps ou en divorce. La femme cherche à les écarter en se fondant sur l'inviolabilité du secret des lettres, et tel était encore le cas dans cette affaire.

Le principe est consacré en ces termes dans le décret des 10-14 août 1790 : « Le secret des lettres est inviolable. Il ne « peut y être porté atteinte ni par les corps ni par les individus. »

Une sanction pénale énergique avait été établie par le Code pénal de 1791 et par celui du 3 brumaire an IV, mais elle ne subsiste plus dans le Code actuel que pour les fonctionnaires du gouvernement et les employés de l'administration des postes (art. 187, C. pén.).

Ainsi quand elle est commise par un particulier, la violation d'une correspondance privée n'est plus frappée par la loi pénale. Ce que le Code punit, c'est moins la violation du secret des lettres considérée comme un délit spécial, que l'oubli d'un devoir et l'abus d'autorité commis par un agent ou fonctionnaire public. Toutefois un simple particulier pourrait lui-même encourir une peine, si la lettre venait en sa possession à l'aide d'un délit, d'un vol par exemple, car les lettres missives sont susceptibles de vol comme toute autre chose mobilière [1].

[1] Cf. M. Villey, dans le *Recueil d'Arrêts* de Sirey, 1885, I, 137.

Digitized by Google

Quoiqu'il ait perdu, au moins pour moitié, la sanction pénale qui le garantissait, le décret de 1790 est toujours en vigueur avec toute son étendue en matière civile.

Il entraîne comme conséquence l'impossibilité de produire en justice une lettre missive sans le consentement de la personne qui l'a reçue et à qui elle appartient.

Cette règle souffre-t-elle des exceptions?

L'instruction criminelle en offre un premier exemple. Le magistrat qui en est chargé a le droit de saisir tous les papiers trouvés au domicile ou en la possession du prévenu (art. 36, 37 et 38, C. Instr. crim.), ce qui comprend manifestement les lettres missives.

Une autre exception à la règle se rencontre dans le droit civil.

Le mari peut, en vertu de son autorité domestique, surveiller la correspondance de sa femme, et lorsqu'elle lui devient suspecte, il a le droit d'intercepter les lettres écrites par elle où à elle adressées par des tiers.

La jurisprudence est aujourd'hui fixée en ce sens (Voy. les renvois en note sous l'arrêt précité), et on peut lire sur ce sujet une remarquable étude morale en même temps que juridique écrite par M. Labbé à l'occasion d'un arrêt de la Cour de Bruxelles (Sirey, 1877, II, 161).

Je crois cependant que la question n'est pas encore épuisée, et donne lieu à quelques observations.

Dans sa dissertation M. Labbé arrive aux résultats suivants :

Le droit du mari de surveiller la correspondance écrite de sa femme n'est qu'un cas particulier d'un droit de surveillance plus générale sur les relations et la conduite de celle-ci, et il découle nécessairement de sa puissance maritale.

On peut toutefois lui donner le conseil d'user de son droit avec prudence, car son autorité ne s'exerce pas comme celle du père ou du tuteur sur une intelligence en voie de développement. Il n'a pas une éducation à faire. « Il doit le plus souvent res-« pecter des croyances et des manières de sentir qui ne sont pas « les siennes. »

Il ne doit donc intervenir par des actes positifs que lorsqu'il a des raisons sérieuses de suspecter la correspondance de sa femme.

Digitized by Google

En dehors de cette première réserve « dont les conséquences « doivent être abandonnées au sens et à la délicatesse de chacun », le droit du mari trouve une limite absolue dans le droit des tiers, lorsque la lettre écrite par sa femme est déjà confiée à l'administration des postes, car elle est devenue la propriété du destinataire et le mari commettrait un vol en s'en emparant.

Le mari a donc en principe le droit de produire en justice les lettres écrites ou reçues par sa femme, à moins qu'elles ne soient venues en sa possession par un procédé délictueux.

— Tout ce raisonnement est excellent et il suffirait à lui seul à démontrer le droit du mari, s'il n'y avait une autre raison plus décisive et plus haute.

Quand on parle du secret des lettres, on suppose en présence deux personnes étrangères l'une à l'autre et ayant des droits égaux : le propriétaire de la lettre et un tiers. La loi, en établissant le principe de l'inviolabilité, a entendu régler les rapports normaux des individus entre eux ou avec l'Etat; mais il y a des personnes qui se trouvent entre elles dans une situation telle que le principe du secret leur est inapplicable.

Ces relations exceptionnelles sont de deux sortes :

Ce sont des relations de *subordination*, comme celles qui existent entre un père et son enfant mineur, ou des relations de *communauté*, comme celles qui existent entre époux.

Le premier cas n'a pas besoin d'être justifié. Admettrait-on qu'une fille mineure entretînt une correspondance malgré la volonté de son père? Ce que j'ai dit plus haut, en résumant les observations de M. Labbé sur le droit du mari, sert *à fortiori* pour établir le droit du père, car la subordination de l'enfant est plus étroite encore que celle de la femme.

Sur le second cas je ne puis mieux faire que de reproduire quelques lignes de M. Labbé : « Entre époux tout doit être « commun. La société conjugale est la mise en commun des « joies et des peines, des affections et de la considération pu- « blique... les époux se sont engagés à se communiquer leurs « impressions, leurs tendances, leurs sentiments... Les conjoints « doivent s'entendre sur la détermination des personnes qu'il « convient à leurs goûts, à leurs intérêts, à leur honneur de

Digitized by Google

« recevoir et de visiter. On ne regarderait pas comme régulier « que l'un des conjoints entretînt en particulier avec des tiers des « relations affectueuses et un commerce de visite à l'insu de « l'autre. Un échange suivi avec un tiers de lettres tenues « secrètes pour l'autre conjoint est une infraction au contrat, « une sorte d'infidélité morale, un commencement ou un germe « de désunion. »

On ne saurait mieux dire, mais en rapprochant l'un de l'autre ces lambeaux de phrase épars dans la dissertation de M. Labbé, on sent venir une conclusion si juste et si naturelle qu'on s'étonne de ne pas l'y trouver toute formulée, tant on y est amené et conduit comme par la main. C'est que le secret des lettres n'existe pas entre époux, c'est qu'il est incompatible avec cette *communicatio divini atque humani juris*, dans laquelle depuis les Romains on voit avec raison le caractère le plus élevé du mariage.

Nous voici bien loin du raisonnement ordinaire. Pour prendre connaissance des lettres de sa femme le mari n'a pas besoin d'invoquer son autorité domestique; il n'en a que faire. Sa femme n'a pas et ne doit pas avoir de secrets pour lui. Il a, en sa qualité de conjoint, plus encore qu'en sa qualité de maître, le droit de lire les lettres qu'elle écrit ou qu'elle reçoit.

Cette première conclusion en amène une autre. C'est que ce droit est réciproque, c'est que sa femme a comme lui le droit de lire et de connaître sa correspondance, et que le principe du secret ne l'empêche pas plus que lui d'en tirer argument devant la justice. Il n'est pas plus fait contre la femme que contre le mari. Elle puise aussi son droit dans la communauté entière qui les unit.

Qu'on ne croie pas pour cela que la puissance maritale est indifférente dans les questions de ce genre et qu'elle n'y doit pas intervenir. Elle crée une différence considérable entre les deux époux.

Outre le droit de connaître la correspondance et les relations du conjoint, qui est réciproque, le mari a un droit de puissance sur la femme qui lui permet des actes d'autorité interdits à celle-ci. Il peut par exemple défendre à sa femme de conti-

Digitized by Google

nuer la correspondance commencée ou intercepter ses lettres.

Ainsi, malgré l'égalité qui règne entre les deux époux dans le droit d'avoir communication des correspondances de l'autre, le mari possède, dans l'exercice légitime de son autorité, le moyen de s'emparer des lettres de sa femme, tandis que celle-ci est privée des mêmes facilités par son état d'infériorité et de dépendance.

Mais, sauf cette différence, la femme a tout aussi bien que son mari le droit de produire en justice les lettres missives qui peuvent établir le délit de son adversaire. Elle peut en faire état, sans que le principe du secret lui soit opposable, car entre elle et son mari il ne peut pas y avoir de secret de ce genre.

VI.

La femme divorcée a-t-elle le droit de continuer à porter le nom de son mari? (Tribunal de Lyon, 4 mars 1886, Tribunal de Toulouse, 18 mai 1886, Sir., 1886, II, 119).

La question du nom des femmes mariées s'est trouvée mise à l'ordre du jour par la loi qui a rétabli le divorce, et elle a pris le public un peu au dépourvu, en créant une situation toute nouvelle dans nos mœurs.

Il n'existe pas de disposition législative sur cette question si importante dans la vie. On peut même dire que toute la théorie du nom des personnes en général est restée en dehors de nos lois civiles.

Nous avons bien eu, surtout pendant la période révolutionnaire, toute une série de lois relatives aux noms, mais la plupart d'entre elles s'occupent des appellations nobiliaires; ce sont bien plutôt des lois sur les *titres* que des lois sur les *noms*.

Pour les noms proprement dits la loi du 11 prairial an XI est toujours en vigueur, mais elle s'occupe exclusivement : 1° du choix des prénoms, en renfermant dans de sages limites une liberté dont il avait été fait un ridicule usage pendant la Révolution, et 2° des changements de nom, en réglant les formalités à suivre pour obtenir un décret du gouvernement.

Cette loi ne tranche donc pas la question primordiale de savoir comment une personne doit se nommer.

Digitized by Google

D'après un usage qui remonte au moins au XIIIe siècle l'enfant prend le nom de son père. Le nom véritable d'une personne est donc son nom de famille, ou nom patronymique, qui se transmet héréditairement, et ne peut ni se choisir ni se changer.

Nulle part cet usage n'est consacré en termes formels dans la loi, mais il est sous-entendu dans les textes suivants :

1° La loi du 6 fructidor an II. Cette loi a abrogé une loi fantaisiste du 26 brumaire de la même année qui permettait à tout citoyen de se choisir un nom à son goût par une simple déclaration devant sa municipalité. On ordonna aux citoyens qui en auraient pris un nouveau de reprendre celui qui était exprimé dans leur acte de naissance, et on défendit aux fonctionnaires publics de désigner les citoyens dans les actes autrement que par leur *nom de famille*.

2° L'art. 57 du Code civil, qui ordonne de mentionner dans l'acte de naissance seulement les prénoms donnés à l'enfant, et les noms de ses père et mère, ce qui suppose que l'enfant prend le nom de son père.

3° L'art. 347 du même Code, qui porte que l'adopté prendra le nom de l'adoptant en l'ajoutant à son nom propre, ce qui se fait évidemment par imitation de la parenté véritable.

Notre législation sur les noms est donc fort incomplète : elle ne s'est occupée que des titres de noblesse, qui sont des noms de *terres* et non des noms de *familles*, du choix des prénoms, et des changements de nom par décret. Pour tout le reste elle s'en réfère aux usages sans les consacrer expressément.

La question du nom des femmes mariées subsiste ainsi toute entière, à côté et en dehors de la loi.

Un premier point est à examiner : la femme acquiert-elle par le mariage le nom de son mari ?

La négative se dégage de l'ensemble des textes. Le nom s'acquiert par la naissance; il se transmet du père au fils, et de sa nature il est immuable. La femme en se mariant conserve donc son nom de fille, qui est le nom de son père. L'usage où l'on est de la désigner dans le monde par le nom de son mari n'a pas d'autre motif que le désir d'abréger; c'est une ellipse employée pour plus de commodité dans le langage. Mais dans les actes

Digitized by Google

civils elle doit être désignée par son nom de famille, suivi de sa qualité d'épouse et du nom de son mari. Légalement elle n'en a pas d'autre, et c'est de ce nom qu'elle doit se servir pour signer.

Arrivons au second point, qui est la question même que nuos avons à résoudre : le divorce fait-il perdre à la femme le nom de son mari ?

Quelle que soit l'opinion que l'on adopte sur le premier point, la réponse à cette question n'est pas douteuse. Que la femme porte le nom de son mari en vertu d'un droit ou en vertu d'un simple usage, une fois divorcée elle ne peut plus le conserver. Cette appelation avait pour unique raison l'existence d'un mariage, et ce mariage est aujourd'hui dissous. La femme doit subir l'application du vieil adage : *cessante causa, cessat effectus.*

Il n'y a pas à argumenter en faveur de la femme divorcée de ce qui se passe pour la veuve. Celle-ci conserve en fait son nom d'épouse même après la dissolution du mariage. Mais la différence est grande entre les deux situations. La mort du mari rompt le mariage contre le gré des époux, et il est naturel qu'on cherche à en prolonger sinon la durée, du moins le souvenir. Même pour ceux qui n'acceptent pas la doctrine spiritualiste et qui ne songent pas à continuer cette union au delà de la vie, il reste encore les raisons de convenance et la religion du passé. Aucune de ces raisons ne s'applique à la femme divorcée.

La question ne se réduit pas toujours aux termes élémentaires dans lesquels je viens de la présenter.

Il est possible que le nom du mari, légalement porté par la femme pendant son mariage, ait acquis une valeur commerciale ou artistique grâce à son travail ou à son mérite personnel, et il serait injuste de la dépouiller de cette valeur qui est sienne.

C'est ce qu'à décidé le tribunal de Toulouse dans une affaire où il s'agissait d'une artiste dramatique connue au théâtre sous le nom de son mari, qui du reste n'était qu'un pseudonyme. Le jugement dit en fort bons termes que la femme a acquis ainsi, *indépendamment de son mariage* et au moyen de son art, des droits à la copropriété artistique du nom de son mari, et il ajoute qu'il serait d'autant plus excessif de la priver de ce nom qu'elle l'a toujours respecté et que le divorce est prononcé à sa requête.

Digitized by Google

VII.

L'enfant mineur confié à la mère après la séparation de corps continue-t-il à avoir son domicile légal chez son père? (Angers, 5 mai 1885, Sir., 1886, II, 15).

Le père avait été condamné en 1872 à deux ans de prison pour enlèvement de mineure, et la mère avait obtenu à la fois la séparation de corps et la garde définitive de l'enfant.

Elle mourut en 1883 à Mayenne, et le juge de paix du canton réunit sous sa présidence un conseil de famille qui décida d'enlever la tutelle au père.

Celui-ci, qui était domicilié à Paris, demanda la nullité de cette délibération pour incompétence, en se fondant sur l'article 108, C. civ., aux termes duquel le mineur non émancipé a son domicile chez son père. C'était donc à Paris suivant lui que la tutelle s'était ouverte, et qu'il aurait fallu convoquer le conseil de famille.

Battu devant le tribunal civil de Mayenne, il obtint gain de cause devant la Cour d'Angers, et la délibération fut annulée.

La Cour raisonne de la manière suivante. Le principe écrit dans l'art. 108 est absolu, et ne se trouve en rien modifié par la séparation de corps. « Il doit en être ainsi alors même que « l'enfant a été confié à la garde de la mère; cette mesure, « d'ailleurs d'un caractère provisoire et pouvant même être re- « tirée suivant les circonstances, n'est qu'une modification « apportée à l'exercice de la puissance paternelle; laissant subsis- « ter le droit lui-même, elle est attributive non de domicile, mais « simplement de résidence. »

Tout cela est vrai, mais tout cela s'appliquerait à la femme séparée, à la mère elle-même, aussi bien qu'à l'enfant mineur.

Pour elle aussi il existe une disposition absolue dans ses termes qui lui donne pour domicile légal le domicile de son mari; cette disposition se trouve dans ce même art. 108, dont elle forme le premier alinéa, et sa formule est peut-être plus énergique encore que celle qui concerne le mineur.

Pour elle aussi la séparation de corps n'est qu'une situation provisoire, qui peut cesser à tout moment par une réconciliation.

Digitized by Google

Pour elle aussi la puissance à laquelle elle était soumise subsiste : le mari n'a pas perdu son autorité maritale ; l'exercice seul de ses pouvoirs se trouve momentanément amoindri.

Et cependant tout cela n'a pas empêché la jurisprudence d'admettre que la femme séparée a le droit de se choisir, non pas simplement une résidence, mais un véritable domicile distinct de celui de son mari.

Pourquoi des solutions si différentes?

Si le premier alinéa de l'art. 108 a pu subir une exception *sans texte,* pourquoi l'absence d'un texte dérogatoire ferait-elle rejeter l'exception qu'on propose d'apporter au second alinéa du même article?

Cette exception nouvelle se trouve justifiée au point de vue pratique tout aussi bien que la première, et par les mêmes considérations, car la séparation de corps atteint la puissance maritale, comme les mesures judiciaires qui l'accompagnent atteignent la puissance paternelle : femme et enfants étaient soumis à la même influence, et le même jugement les y soustrait également.

Je crois que ce qui a arrêté les magistrats, c'est qu'on ne se rend pas encore bien compte de la nature et de la gravité de ces restrictions que les tribunaux apportent au droit du père. Il y a cependant toute une théorie en voie de formation et déjà presque achevée sur ce contrôle judiciaire de la puissance paternelle. On va quelquefois jusqu'à la supprimer entièrement. Où sont alors les raisons de maintenir le domicile légal de l'enfant chez son père? La jurisprudence aura peut-être conscience un jour qu'elle a en réalité supprimé l'omnipotence et l'inviolabilité de la puissance paternelle, et alors elle n'hésitera plus à en tirer cette conséquence secondaire, le changement du domicile légal, devant laquelle elle recule aujourd'hui.

VIII.

L'époux défendeur dans une instance en séparation de corps peut-il former en appel une demande reconventionnelle en divorce? (Pau, 26 janvier 1885, Sir., 1886, II, 210).

La question de savoir si les demandes reconventionnelles sont

Digitized by Google

recevables pour la première fois en appel dans les affaires de divorce ou de séparation de corps s'est présentée successivement dans quatre hypothèses différentes.

Avant le rétablissement du divorce, elle ne pouvait porter que sur les demandes en séparation de corps. Il y avait controverse (Voy. Angers, 27 avril 1880, Sir., 1880, II, 132; Pal., 1880, 551, avec les renvois en note), mais la jurisprudence inclinait de plus en plus vers la solution affirmative.

Depuis 1884, la même controverse s'était élevée pour les demandes réconventionnelles en divorce, mais elle a été promptement tranchée par la loi du 18 avril 1886. L'art. 248 nouveau dit formellement dans son § 4 : « Les demandes reconventionnelles peuvent se produire en appel sans être considérées comme des demandes nouvelles. »

La Cour de cassation le décidait déjà ainsi avant la publication de la loi nouvelle (Req. 14 décembre 1885, Sir. 1886, I, 404).

En troisième lieu la demande reconventionnelle peut se produire dans les affaires de conversion en divorce d'une séparation antérieurement prononcée, et dans ce cas le doute pourrait subsister même après la loi de 1886, car l'art. 310, C. civ., est resté muet sur la question. Mais la solution qui a triomphé dans les deux premiers cas s'impose ici avec une égale force, et c'est ce qu'a admis en 1885 la Cour d'Aix dans un arrêt publié depuis (Aix, 22 avril 1885, Sir. 1886, II, 179).

Ainsi, dans ces trois premières hypothèses, il ne peut plus y avoir de difficultés : la demande reconventionnelle doit être admise.

La question se transforme dans la quatrième hypothèse lorsque la demande reconventionnelle n'a pas le même objet que la demande principale : par exemple, le demandeur poursuivant la séparation de corps, le défendeur lui répond en demandant le divorce, ou *vice versa*.

La Cour de Pau, dans l'arrêt que nous examinons, a refusé d'admettre en appel une demande en divorce opposée comme demande reconventionnelle à une demande en séparation, et telle est bien la solution qui doit prévaloir dans l'état actuel des textes.

Digitized by Google

Mais son arrêt, rendu en 1885 avant la transformation de la procédure du divorce, est rédigé de telle façon que la réforme opérée en 1886 lui enlève à peu près toute autorité. En effet la Cour s'appuie presque exclusivement sur les différences des deux procédures : si une demande reconventionnelle en divorce ne peut pas se greffer sur une demande principale en séparation, c'est surtout parce qu'elle n'est pas *recevable en la forme* où elle se produit, le législateur ayant soumis le divorce à des formalités exceptionnelles qui se trouveraient ainsi négligées.

Si cette raison était la seule, il n'y aurait plus d'obstacle à la recevabilité de pareilles demandes, puisque la loi de 1886 a identifié ou peu s'en faut les deux procédures.

Nous avons heureusement les travaux préparatoires de la loi qui nous apprennent ce que le législateur a voulu, de manière à mettre ce résultat au-dessus de toute discussion.

Le rapporteur de la commission du Sénat, M. Denormandie, interrogé précisément sur ce point, a répondu que l'art. 248 autorise simplement les demandes reconventionnelles en divorce quand elles sont opposées à une demande de même nature, comme la jurisprudence l'admettait déjà pour les demandes en séparation de corps, mais que la commission avait entendu exclure « cet enchevêtrement d'actions » qui consisterait à opposer une demande en divorce à une demande en séparation de corps. (Sirey, *Lois annotées* de 1886, p. 53 et 54, note 17).

Quoique les paroles d'un rapporteur ne soient pas le texte de la loi, il ne nous reste qu'à nous incliner devant une déclaration aussi nette qui donne au texte voté un sens restrictif indiscutable. Il reste pourtant à expliquer et à justifier la loi.

La raison qui a été donnée au Sénat est que dans le cas prévu par l'art. 248 il y a une *identité* d'objet entre les deux demandes qui les rend inséparables. Les deux époux sont d'accord pour demander le divorce, et le raisonnement serait le même s'ils demandaient tous deux la séparation. Il s'agit seulement de savoir qui a eu les torts, et si le jugement sera prononcé au profit de tous deux, ou d'un seul, et duquel. Une fois la séparation ou le divorce prononcé à la requête de l'un des conjoints, une seconde demande formée par l'autre dans le même but serait sans objet

Digitized by Google

et non-recevable. Donc les deux actions doivent être jointes, même quand la seconde se produit au moment où la première est déjà en appel.

Ce motif apparaît incidemment dans l'arrêt de la Cour de Pau, qui parle à deux reprises de « ce même objet indivisible » qui fait qu'en réalité les deux demandes n'en font qu'une.

On voit par là que la raison qui rend admissibles même en appel les demandes reconventionnelles dans les affaires de divorce ou de séparation de corps n'est pas du tout tirée des principes ordinaires de la matière, et que nous ne sommes pas là en présence d'une application pure et simple de l'art. 464, Proc.

Le Code de procédure, quand il détermine les conditions d'admissibilité en appel des demandes reconventionnelles, n'exige nullement cette identité d'objet, et il ne pouvait pas l'exiger. Il veut simplement que la demande nouvelle *serve de défense* contre l'action principale.

L'identité d'objet eût été une condition impossible à remplir dans les procès ordinaires. En règle générale, la demande reconventionnelle et la demande principale ont nécessairement un objet différent.

Tel est le cas où le demandeur se voit opposer la compensation : évidemment l'objet des deux demandes n'est pas le même, puisque la condition essentielle de toute compensation est l'existence de deux créances distinctes, opposées l'une à l'autre et qui se neutralisent.

Tel est encore le cas où le défendeur obligé en vertu d'un contrat demande reconventionnellement la nullité de cet acte. Il est bien clair ici encore que la demande reconventionnelle a un objet tout autre que la demande principale : l'un demande l'exécution d'un contrat dont l'autre demande la nullité.

D'autre part, on ne peut pas considérer la demande reconventionnelle en divorce ou en séparation comme une *défense* contre le conjoint demandeur, car les torts qu'il peut avoir de son côté ne sont pas une raison pour le faire échouer dans sa demande.

Jamais la réciprocité des torts n'a été admise comme fin de non recevoir. Ce n'est donc pas en attaquant à son tour que l'époux poursuivi peut se défendre, mais seulement en se dis-

Digitized by Google

culpant des fautes qui lui sont reprochées. Alors même qu'il obtiendrait condamnation contre son conjoint, il n'en serait pas moins condamné lui-même, s'il n'a pas d'autres défenses, et le divorce (ou la séparation) serait prononcé à la requête de tous deux.

Ceux qui soutenaient avant 1886, comme MM. Aubry et Rau (*Cours de droit civil français*, § 492, note 30, 4e édit., t. V, p. 188) et comme la Cour de Paris (arrêt du 21 août 1868), que les demandes reconventionnelles en séparation, étaient donc dans le vrai.

La raison qui a fait admettre ces demandes reconventionnelles même en appel est étrangère au droit commun.

D'après le droit commun (art. 464, proc.) la demande reconventionnelle est admise quand elle constitue une *défense* contre la demande principale, quoiqu'elle ait nécessairement un objet différent.

D'après la règle exceptionnelle qui régit le divorce et la séparation de corps, la demande reconventionnelle est admise à cause de l'*identité* de son objet avec celui de la demande principale, quoiqu'elle ne constitue pas une défense contre cette demande.

Ce motif fait défaut quand une demande en séparation de corps est opposée à une demande en divorce, ou réciproquement. L'un des époux demande la rupture complète du mariage; l'autre se contente d'un simple relâchement du lien conjugal. C'est pour cela que le législateur de 1886 a entendu exclure cette hypothèse dn bénéfice de l'art. 248 nouveau. Il serait permis toutefois de se demander s'il n'eût pas mieux fait d'aller jusqu'au bout dans la voie où il s'engageait, en considérant l'identité des *causes* plutôt que l'identité d'*objet*.

IX.

L'époux demandeur en divorce peut-il formuler des conclusions subsidiaires pour demander la séparation de corps au cas où le divorce lui serait refusé? (Cass. civ., 30 juin 1886, Sir., 1886, I, 401).

Dans l'espèce il s'agissait d'une demande en séparation de corps qui, étant pendante au moment du rétablissement du divorce, avait été transformée en instance en divorce conformément aux dispositions transitoires de la loi de 1884. Le deman-

Digitized by Google

deur, au lieu d'abandonner ses conclusions primitives, les avait maintenues à titre subsidiaire. Mais cette particularité ne change rien à la nature de la question ni à la solution qu'elle doit recevoir.

Il s'en dégage du reste une question supérieure, qui mérite d'être examinée dans ses termes les plus généraux.

Ne résulte-t-il pas des textes nouveaux une rupture d'équilibre entre le divorce et la séparation, qui fait que la séparation pourrait désormais être accordée plus facilement et pour des causes moins graves que le divorce?

Lorsque les rédacteurs du Code admirent côte à côte dans leur œuvre le divorce et la simple séparation, ils entendaient maintenir entre ces deux institutions une égalité parfaite en laissant le choix entre elles deux à la libre volonté du demandeur. Les causes du divorce et celles de la séparation sont les mêmes, et ce dualisme n'a d'autre raison d'être que la diversité des croyances religieuses. On laissait aux catholiques l'usage de ce divorce amoindri et mitigé que le droit canonique avait façonné pour eux sous le nom de séparation de corps. Mais dans la pensée du législateur, ceux que n'enchaînait pas le dogme de l'indissolubilité du mariage n'avaient que faire de la séparation et devaient sans hésiter recourir au divorce.

La loi actuelle, qui n'est qu'une restauration partielle de l'ancienne, est encore dominée par cette idée d'équivalence; cependant elle a ouvert la porte à une tendance nouvelle.

Abstraction faite de toute préoccupation religieuse, un époux outragé, qui ne peut plus supporter la vie commune, mais qui n'a pas encore perdu tout espoir d'un retour au sentiment du devoir chez son conjoint, peut se contenter de la séparation de corps comme d'une mesure temporaire, en se réservant de recourir au divorce si le retour qu'il espère ne se produit pas.

La loi, en lui donnant la faculté de conversion, met cette combinaison à sa disposition, et il est impossible qu'il ne s'en serve pas en pratique dans ce but.

De la sorte la séparation de corps aura un double rôle : pour les personnes catholiques elle remplacera le divorce, étant seule compatible avec leurs principes religieux; pour les autres,

Digitized by Google

elle pourra servir de demi-mesnre, répondant par sa gravité moindre à des situations moins désespérées, ou servant d'épreuve temporaire avant la rupture définitive. La loi n'a-t-elle pas établi quelque chose d'analogue quand elle a autorisé les juges saisis d'une demande en divorce à retarder leur décision pendant six mois (art. 246 nouveau; le texte ancien disait *une année*), encore que la demande leur paraisse dès maintenant établie? L'état provisoire dans lequel se trouvent les époux n'est-il pas une véritable séparation de corps servant d'essai et de préface au divorce?

La séparation est certainement moins grave que le divorce. De là cette conséquence toute naturelle qu'elle devrait être plus facile à obtenir, et plus d'une fois déjà cette espèce de hiérarchie a été entrevue comme une amélioration désirable.

L'idée est déjà en germe dans la loi. En effet l'art. 239 permet au demandeur, *en tout état de cause*, de transformer sa demande de divorce en demande de séparation. C'est une dérogation aux principes, car les demandes nouvelles ne peuvent pas s'introduire en appel, et la demande en séparation, succédant à une demande en divorce, est en réalité une demande nouvelle. Les débats des Chambres nous apprennent que cette anomalie a été admise pour faciliter le maintien du mariage, et aussi pour cette raison : *qui peut le plus peut le moins.* (Sirey, *Lois anotées*, 1886, p. 53, note 16).

Qui peut répondre d'ailleurs que cette différence dans la difficulté d'obtenir soit le divorce, soit la séparation, ne s'établira pas dans notre droit sans réforme nouvelle et à l'aide des textes actuels? Le nouvel art. 310 n'a-t-il pas accordé aux tribunaux un pouvoir discrétionnaire pour rejeter ou pour accorder la conversion quand elle leur est demandée? Sans doute ce pouvoir leur a été donné pour contenter les adversaires du projet, qui craignaient de mettre l'époux innocent à la merci du coupable en accordant à chacun d'eux le droit de demander la conversion. Mais quelle qu'ait été la raison de cette latitude laissée aux juges, en fait elle leur a été donnée d'une manière absolue, aussi bien lorsque la conversion est poursuivie par le demandeur originaire que lorsqu'elle l'est par l'autre époux.

Digitized by Google

Dès lors nous nous trouvons placés devant ce dilemme :

Ou bien les magistrats peuvent refuser le divorce au demandeur originaire après lui avoir accordé autrefois la séparation ;

Ou bien le pouvoir d'appréciation ne leur appartient qu'autant que la conversion est demandée par l'époux coupable.

Les termes généraux de l'art. 310 ne permettent pas d'admettre la seconde solution : donc c'est la première qui est la vraie, et les tribunaux pourront se montrer plus exigeants pour le divorce que pour la séparation de corps. Ils feront en cela un très légitime usage de leur pouvoir discrétionnaire, et si jamais le résultat dont je parle se produit, le législateur l'aura permis, sinon voulu. Il l'a même entrevu, comme le montrent les paroles du rapporteur souvent reproduites déjà : « le tribunal aura à apprécier si les motifs qui avaient été suffisants pour prononcer la séparation de corps peuvent après les trois années d'épreuve être considérés comme suffisants pour prononcer non plus seulement le relâchement du lien conjugal, mais sa rupture définitive, c'est-à-dire le divorce. » (Sirey, *Lois annotées*, 1884, p. 667, col. 2, *in fine*).

Revenons maintenant à notre arrêt.

La question de savoir s'il y a une hiérarchie à établir entre le divorce et la séparation pour accorder l'une plus facilement que l'autre, s'y trouvait incidemment soulevée par les conclusions subsidiaires à fin de séparation qu'avait prises le demandeur.

La Cour de Paris, préoccupée exclusivement des idées du Code civil, avait déclaré dans son arrêt : « Que les deux instances « en divorce et en séparation ne peuvent être poursuivies cumu- « lativement à la requête de la même personne ; que leur but « respectif est absolument contradictoire, l'une tendant à la rup- « ture du lien conjugal, l'autre à son maintien dans des condi- « tions spéciales. » D'où cette conclusion que la seconde ne peut être le subsidiaire juridique de l'autre.

La Cour de cassation a partagé cet avis et reproduit à peu près les termes de l'arrêt d'appel, en ajoutant toutefois que les formes de procédure n'étant pas les mêmes, il était impossible de réunir les deux demandes dans la même instance.

Digitized by Google

Si cette solution doit prévaloir, elle a du moins besoin d'être appuyée sur d'autres arguments.

La séparation de corps est certainement un remède moins énergique que le divorce. Elle laisse subsister le mariage que le divorce détruirait. Elle se présente donc tout naturellement comme le subsidiaire juridique d'une demande en divorce, et les conclusions prises dans l'affaire par le demandeur devaient être admises, s'il n'existe pas dans la nature de la cause une raison particulière pour les rejeter.

Cette raison, la Cour de cassation l'a trouvée dans la différence des deux procédures. Cette considération avait sa valeur autrefois, mais la différence signalée n'est plus maintenant qu'un souvenir, et il nous faut chercher ailleurs des arguments.

Il n'y en a pas d'autre que celui-ci. Le système général du Code est de laisser le choix aux époux désunis entre le divorce et la séparation. C'est à eux à choisir, suivant leurs intérêts ou leurs croyances. Le tribunal n'a à apprécier que les *causes* de la demande et non son opportunité ou son but. On violerait l'esprit de la loi en déplaçant l'option qu'elle a voulu accorder aux parties pour la transporter au tribunal.

X.

Pour quels motifs les tribunaux peuvent-ils refuser la conversion d'une séparation de corps en divorce quand elle est demandée par l'époux coupable ? (Cour de Caen, 3 février 1885 et Cass. civ. rej., 12 août 1885, Sir., 1886, I, 193. Paris, 21 janvier 1886 (deux arrêts), Sir., 1886, II, 129. Cass. req. rej., 29 mars 1886, Sir., 1886, I, 405).

La loi de 1884 a permis aux tribunaux de refuser la conversion quand elle leur est demandée.

Il en résulte pour eux une situation assez embarrassante lorsque la demande en conversion est introduite par l'époux coupable. L'espèce de désarroi dans lequel se trouve la jurisprudence a été décrit plus d'une fois déjà [1].

La Cour de Paris, dans la première des deux affaires qu'elle a jugées le même jour (aff. Poirot c. Poirot), décida que la de-

[1] M. Labbé, note dans Sirey, 1886, I, 193. M. Massigli, *Examen doctrinal* de 1886, p. 214-221.

Digitized by Google

mande de l'époux coupable doit être rejetée lorsque c'est par sa faute que tout rapprochement est devenu impossible, « son in-« conduite notoire et scandaleuse pouvant être considérée comme « la continuation des injures et des outrages qui avaient motivé « la séparation de corps prononcée contre lui. »

Au contraire la Cour de Caen, adoptant les motifs du tribunal de Bayeux, a prononcé la conversion sur la demande de l'époux coupable par cette seule raison que son conjoint, tout en manifestant le désir de rester dans l'état de séparation de corps, n'avait aucune raison sérieuse à opposer à la conversion, et que d'ailleurs il est impossible que l'opposition de l'un des époux prive l'autre d'un bénéfice qu'il tient de la loi. La chambre civile a rejeté le pourvoi parce que la Cour d'appel avait fait de son pouvoir d'apciation un usage qui échappe au contrôle de la Cour de cassaprétion.

Ne peut-on pas discerner dans ces solutions diverses une direction dominante ? Ne peut-on pas élaborer, sinon une règle unique, du moins un système de règles qui serve de guide aux décisions judiciaires? Sans doute le législateur s'est abstenu. Il n'a pu se décider à choisir entre les deux principes opposés qui partageaient les Chambres [1]. Mais puisque c'est du choc de ces deux tendances contraires qu'est né le texte actuel, la solution doit se trouver dans leur conciliation, si elle est possible.

Le législateur a voulu accorder même à l'époux coupable le droit de sortir de cette situation pénible que crée la séparation de corps. Il a cru que l'état de liberté complète serait préférable et il lui a permis de demander le divorce. Son droit est donc fondé sur une raison d'utilité sociale, qui ne doit céder que devant des raisons majeures.

Ces raisons existent-elles?

Il y en a deux qui sont bien connues, et que les auteurs de la loi nous ont indiquées eux-mêmes dans les travaux préparatoires.

La première de toutes, c'est le désir de protéger les croyances religieuses de l'époux qui avait obtenu la séparation de corps et qui avait voulu s'en contenter parce que sa religion condamne le

[1] Les différents systèmes en présence ont été exposés par M. Labbé (Sirey, 1886, I, 193).

Digitized by Google

divorce : il serait injuste de le lui imposer pour des torts qui ne sont pas les siens.

Ensuite il est possible que la demande de conversion se présente sous un jour défavorable, si la conduite du demandeur continue à être scandaleuse ou odieuse : il échouera alors devant sa propre indignité.

Il résulte de là que le demandeur en conversion n'a en réalité aucune preuve nouvelle à fournir : il exprime le désir d'user d'une faculté que la loi lui accorde, et c'est à son adversaire à lui opposer des raisons sérieuses s'il désire éviter la conversion. Ce déplacement du fardeau de la preuve apparaît très nettement dans l'arrêt de la Cour de Caen.

XI.

La pension alimentaire, accordée à l'époux qui a obtenu la séparation de corps, survit-elle à la dissolution du mariage lorsque la séparation est convertie en divorce ? (Douai, 29 juin 1885, Alger, 2 février 1886, Sir., 1886, II, 177).

La séparation de corps ne dissolvant pas le mariage laisse subsister le devoir de secours que l'art. 212 impose aux époux. Il en résulte que l'un d'eux peut obtenir de l'autre, s'il y a lieu, une pension alimentaire.

Indépendamment de cet article, il existait dans le Code civil une autre disposition relative au divorce, et qui se trouve remise en vigueur depuis 1884. L'art. 301 permet à l'époux au profit duquel le divorce est prononcé, d'obtenir une pension sur les biens de l'autre époux jusqu'à concurrence du tiers de ses revenus.

Après bien des controverses, la jurisprudence s'est définitivement fixée en admettant que cet article est applicable à la séparation de corps [1].

Ainsi la pension accordée en cas de séparation de corps à l'époux qui obtient gain de cause, est fondée sur l'art. 301 et non sur l'art. 212. Elle est donc indépendante de l'existence du mariage.

La jurisprudence en avait déjà tiré une première conséquence :

[1] Cass., 7 avril 1873, Sir., 1873, I, 337. Voir la note et les renvois.

Digitized by Google

c'est que cette pension survit au décès de l'époux débiteur, et doit se continuer au profit du survivant, tant que durent ses besoins.

Elle vient d'en tirer une seconde : c'est qu'elle survit également à la prononciation du divorce, quand la conversion de la séparation en divorce vient à être prononcée en vertu de l'article 310 du Code civil.

Cette solution doit être admise, alors même que cette conversion aurait lieu à la requête de l'époux coupable, car, quoique la conversion ait lieu sur sa demande, ce n'est pas à son profit que le divorce est prononcé. Le jugement primitif se trouve modifié dans ses résultats, mais il subsiste pour montrer de quel côté étaient les torts [1].

XII.

Usage exceptionnel du pouvoir d'appréciation qu'ont les tribunaux pour annuler un mariage dans le cas de l'art. 170, C. civ. (Cass. civ., 20 avril 1885, Sir., 1886, I, 313. Orléans, 14 avril 1886, Sir., 1886, II, 191).

Deux personnes, toutes les deux françaises, ayant déjà un enfant naturel né de leurs relations antérieures, se marient à Londres devant un prêtre catholique et oublient de reconnaître leur enfant avant le mariage, condition essentielle exigée par la loi française pour sa légitimation. Plus tard, s'apercevant de leur erreur et désirant la réparer, elles procèdent en France à une nouvelle célébration de mariage, et prennent cette fois la précaution de faire insérer dans l'acte dressé à la mairie la reconnaissance de leur enfant.

Les parents collatéraux du mari, désirant empêcher l'enfant de prendre un jour le titre de comte qui appartenait à son père, introduisirent une action pour lui contester sa qualité d'enfant légitimé.

Ils soutenaient que le second mariage célébré en France n'avait été qu'une combinaison tardive destinée à réparer l'oubli commis la première fois, et qu'il fallait le considérer comme une vaine formalité sans effet utile. La légitimation tombait en même temps que lui.

[1] Cf. M. Massigli, *op. cit.*, p. 221.

Digitized by Google

Introduite en ces termes la demande des collatéraux parut aux premiers juges (le tribunal de la Seine et la Cour de Paris) une action en nullité dirigée contre le mariage, et elle fut déclarée non-recevable comme tombant sous le coup de l'art. 187, C. civ. Cet article en effet n'autorise les collatéraux à attaquer un mariage qu'autant qu'ils y ont un intérêt né et actuel, c'est-à-dire une question d'argent engagée, ce qui ne peut guère se présenter pour eux qu'en supposant ouverte la succession de l'un des époux. Tout intérêt de ce genre faisait défaut dans l'espèce, et leur demande fut rejetée.

Devant la Cour de cassation l'affaire prit une autre tournure.

Les collatéraux présentèrent leur action comme une demande en nullité de la légitimation du mineur, en laissant soigneusement de côté la validité du mariage. Les deux nullités peuvent être en effet indépendantes, par exemple quand la reconnaissance de l'enfant est postérieure à la célébration du mariage, comme elle l'était dans cette affaire.

Grâce à cette distinction ils triomphèrent et l'arrêt de Paris fut cassé. La Cour de cassation déclara que les deux actions étaient distinctes, et que la fin de non-recevoir tirée de l'art. 187 leur avait été opposée à tort, puisqu'ils n'attaquaient pas le mariage : ils prétendaient d'une part que la reconnaissance était nulle comme postérieure au premier mariage, et d'autre part que le second était non pas *nul* mais *inutile*, le premier étant valable.

Nouvelle péripétie à la Cour d'Orléans, saisie par le renvoi.

Ce ne furent plus les collatéraux qui attaquèrent le second mariage ou la légitimation qu'on voulait en faire dériver. Ce fut l'enfant légitimé lui-même qui attaqua la première union de ses parents.

Celle-ci avait été célébrée à Londres dans des conditions de régularité parfaite au point de vue de la loi anglaise; les époux réunissaient d'ailleurs personnellement toutes les conditions exigées pour le mariage par la loi française, si bien que leur union semblait parfaitement valable. Mais on s'avisa alors d'une nouvelle cause de nullité.

Le mariage de Londres n'avait été précédé en France d'aucune publication, et d'après l'art. 170 cette omission compro-

Digitized by Google

mettait sa validité. Toute la publicité en France d'un mariage célébré à l'étranger se réduit aux publications préalables. On peut donc le considérer comme clandestin si elles ont été omises.

Seulement les juges ont en pareil cas le pouvoir d'appréciation que comporte toujours le vice de clandestinité qui, à la différence des autres, peut exister à des degrés divers.

Jusqu'à présent nos tribunaux n'avaient fait usage de cette espèce de pouvoir arbitraire que pour maintenir le mariage dans l'intérêt des époux, lorsque la clandestinité n'était pas complète et que l'omission des publications ne paraissait pas cacher une intention frauduleuse. Dans l'espèce, par un renversement singulier des conditions ordinaires, les époux avaient intérêt à ce que leur mariage fût annulé. Employant alors en sens contraire leur faculté d'appréciation, les magistrats prononcèrent la nullité du premier mariage en faveur des époux et de leur enfant : la situation fut sauvée par une sorte de stratagème, mais il fallait pour cela la réunion de conditions exceptionnelles, telles que la célébration du premier mariage à l'étranger et l'omission des publications en France. Sans elles l'oubli commis par les parents du jeune comte eût été irréparable, comme il l'est malheureusement pour beaucoup d'enfants.

XIII.

Quelle est au juste l'étendue de l'incapacité dont se trouve frappé un prodigue pourvu d'un conseil judiciaire? (Cass. civ., 2 décembre 1885, Sir., 1886, I, 120).

Quoique cet arrêt n'apporte aucun élément nouveau dans la jurisprudence, il mérite d'être remarqué comme consacrant l'admission définitive dans le droit français d'une solution qui dérive de la pratique et non des textes.

On enseigne généralement que les actes prévus par l'article 513 sont seuls interdits au prodigue; que l'énumération est limitative et qu'en dehors des termes de la loi sa capacité reste entière.

Or ces actes sont au nombre de six seulement : plaider, transiger, emprunter, recevoir un capital et en donner décharge, aliéner, hypothéquer.

Digitized by Google

On considère, il est vrai, certains actes comme sous-entendus dans l'article, le compromis, le partage, et quelques autres. Mais ces extensions ne sont toujours que des applications de l'article par interprétation de ses termes, et il n'en résulte encore qu'une protection insuffisante pour l'incapable.

Le Code semble avoir eu pour unique préoccupation d'empêcher le prodigue de se procurer de l'argent : il lui défend de vendre, d'emprunter, d'hypothéquer ses biens, de recevoir un capital.

On lui enlève ainsi plus d'un moyen de se ruiner, mais non pas tous; la loi a oublié les causes de dépenses, telles que les *achats* et les *baux*. Evidemment elle est incomplète.

Dans notre ancien droit il n'y avait pas de lacune de ce genre. Le prodigue était frappé d'interdiction, et par suite atteint d'une incapacité générale, analogue à celle du mineur et du fou. C'est pour avoir procédé autrement que le Code s'est trouvé en défaut. Il a placé le prodigue dans une situation mixte, et n'a apporté à sa capacité que des restrictions insuffisantes.

M. Demolombe souhaitait qu'on étendît au prodigue la disposition de l'article 484 relative à l'émancipé [1]. Cet article autorise la réduction des engagements en cas d'excès, c'est-à-dire quand le mineur dépense au delà de ses revenus, en menant un train de vie exagéré, hors de proportion avec ses ressources.

La jurisprudence a réalisé ce vœu, en appliquant au prodigue un système tout à fait semblable. Les actes d'obligation non prévus dans l'article 513, quoique valables en principe, cessent de l'être lorsqu'il en résulte des engagements *excessifs*, « soit parce qu'ils dépassent ses ressources, soit parce qu'ils ne répondent pas à ses besoins. »

C'est l'article 484 transporté d'un chapitre dans une autre. Nos auteurs français acceptent sans difficulté ce procédé d'extension analogique [2]. M. Valette [3] admet hardiment l'application pure et simple de l'article 484 au prodigue, parce qu'il y a ressem-

[1] T. VIII, nos 745 et 748.

[2] Aubry et Rau, § 140, t. Ier, p. 572.

[3] Valette, *Explication sommaire du livre Ier*, p. 388; *Cours de Code civil*, 1re année, p. 634.

Digitized by Google

blance entre le prodigue et l'émancipé. Seul M. Laurent[1], suivant son système inflexible d'interprétation littérale, condamne la jurisprudence. Textes en main, il triomphe. Il est bien certain qu'ici auteurs et tribunaux transforment, comme il le dit, leurs opinions en lois et ajoutent au texte. Mais qu'y faire ? Ce point est aujourd'hui définitivement acquis; les tables décennales de nos recueils en font foi, et il ne nous reste qu'à nous en applaudir tout en constatant ce qu'une solution si utile avait de hardi.

MARCEL PLANIOL.

DES DROITS DU BAILLEUR AGISSANT EN VERTU DE SON PRIVILÈGE ET DU TIERS-ACQUÉREUR DE BONNE FOI SUR LES MEUBLES GARNISSANT LA FERME OU LA MAISON,

Par M. Henri PASCAUD, conseiller à la Cour d'appel de Chambéry.

Aux termes de l'art. 2102 du Code civil, le propriétaire peut saisir les meubles qui garnissent sa maison ou sa ferme, lorsqu'ils ont été déplacés sans son consentement, et il conserve sur eux son privilège, pourvu qu'il ait fait la revendication; savoir lorsqu'il s'agit du mobilier qui garnissait une ferme, dans le délai de quarante jours; et dans celui de quinzaine, s'il s'agit de meubles garnissant une maison. Ce droit, réglementé par les articles 619 et suivants du Code de procédure civile, peut s'exercer soit contre le fermier ou locataire, soit même contre le tiers détenteur des objets indûment déplacés. Son exercice, toutefois, n'est pas sans comporter quelques difficultés dans le cas où le locateur se trouve en concurrence avec un tiers possesseur de bonne foi. Supposons en effet que le preneur ait vendu sans le consentement plus ou moins tacite du bailleur les meubles enlevés de la ferme; l'acheteur de bonne foi pourra-t-il, en invoquant les art. 2279 et 2280 du Code civil, soutenir que sa possession constitue un titre suffisant pour repousser l'action en revendication du locateur, et qu'il n'y aura lieu de sa part à la restitution des objets mobiliers acquis qu'autant que, par analogie avec ce à quoi est tenu le propriétaire en cas de perte ou de vol, le revendiquant lui aura remboursé le prix qu'ils lui ont coûté ?

[1] Laurent, t. V. n° 371.

Digitized by Google

Cette question ne laisse pas d'être délicate. La Cour de cassation ne l'a jamais tranchée, et, pour la résoudre, nous devons tout d'abord rechercher s'il y a identité de situation entre le propriétaire dont la revendication porte sur des meubles perdus ou volés dans les conditions prévues par les articles précités, et le bailleur qui revendique la possession de meubles qui forment son gage et ont été déplacés sans son consentement. Les deux actions en revendication intentées par la propriétaire et par le locateur ont-elles le même caractère juridique? Ne constituent-elles en quelque sorte qu'une seule et même revendication accordée par la loi à deux ayant-droit distincts, et n'y a-t-il entre elles d'autres différences que les conditions variées d'exercice et de délai auxquelles le Code civil a voulu les soumettre ? Nous ne le croyons pas, et c'est dans la diversité de nature des deux revendications dont s'agit que doit se trouver la solution à intervenir.

L'art. 2279 du Code civil pose comme principe qu'en fait de meubles la possession vaut titre, ce qui signifie que par elle-même et instantanément la possession, pourvu qu'elle soit de bonne foi, donne naissance à une présomption de propriété à l'aide de laquelle le possesseur peut repousser toute action en revendication formée contre lui. Mais, si général qu'il soit, ce principe comporte des exceptions, la loi édicte en effet par une disposition formelle qu'en cas de perte ou de vol le propriétaire originaire a le droit de revendiquer pendant trois ans les objets mobiliers achetés dans une foire, dans un marché, dans une vente publique ou chez un marchand qui vend des choses pareilles, sauf à rembourser à celui qui les possède de bonne foi le prix qu'ils ont coûté. Il fallait concilier, d'un côté, l'intérêt de l'acquéreur qui souvent a pu ignorer la provenance quasi-frauduleuse des objets qu'il a achetés et ne doit pas être dépouillé de son acquisition, et de l'autre, celui du propriétaire, victime d'un fait regrettable ou délictueux, dont les droits sont également légitimes. C'est à quoi le législateur s'est efforcé de pourvoir par les prescriptions que nous venons de rapporter. L'art. 2102 du Code civil ne constitue-t-il pas une autre exception à la règle qu'en fait de meubles la possession vaut titre, bien que l'article 2279 ne s'y réfère pas, ou plus exactement le premier de

Digitized by Google

ces textes ne prévoit-il pas une hypothèse toute différente de celle qui est visée dans le second?

A première vue, il semble qu'il en est ainsi, car la revendication conférée au locateur n'est subordonnée par la loi à aucune condition de bonne ou de mauvaise foi. Le bailleur a le droit d'agir sans qu'il soit obligé de tenir compte du caractère de la possession qu'on peut lui opposer. Les meubles qui garnissent la ferme ou la maison ont été indûment déplacés. Cela suffit, à notre sens, pour qu'en dehors de toute autre considération il lui appartienne de les revendiquer dans les quarante jours ou dans la quinzaine qui suit ce déplacement.

Sous d'autres rapports encore, il est facile de comprendre que la loi n'ait pas voulu placer sur la même ligne le propriétaire et le bailleur. Les droits du premier sont plus étendus que ceux du second : les délais de la revendication doivent être plus considérables. Le propriétaire qui a perdu un objet mobilier ou à qui il a été volé est presque toujours suspect d'un défaut de vigilance, souvent il n'a pas pris les mesures de surveillance et de conservation nécessaires pour éviter les faits qui lui ont porté préjudice. On le soumettra donc à des conditions assez rigoureuses pour l'exercice de son action en revendication contre des tiers de bonne foi. Mais le bailleur à la garantie des loyers duquel étaient affectés les meubles en vertu de son contrat, quelle faute a-t-il commise? On ne saurait en conséquence le traiter aussi sévèrement que le propriétaire.

La distinction que fait la loi entre bailleurs et propriétaires s'explique également par d'autres raisons qui semblent décisives. L'objet mobilier qui appartient au propriétaire est libre de toute charge, de toute affectation au profit des tiers, tandis que celui qui est la propriété du fermier constitue le gage du bailleur, lequel a sur lui un privilège avec toutes ses conséquences, le droit de suite notamment. On se trouve ainsi, d'une part, en face du droit de propriété plein et entier qui, si respectable qu'il soit, ne fait pas obstacle à une transmission complète entre les mains d'un tiers, et d'autre part, en face d'un droit de gage qui, comme une espèce d'hypothèque, s'attache aux meubles garnissant la ferme, en démembre la propriété et ne permet pas de la transfé-

Digitized by Google

rer à autrui sans tenir compte de ce démembrement. Si le locateur était obligé pour conserver ce droit de payer la valeur de la chose, l'objet mobilier restitué ne pourrait jamais revenir à son état primitif et recouvrer sa nature de gage. N'est-ce pas cependant le maintien de l'existence du gage qu'est destinée à assurer la revendication autorisée par l'art. 2102 du Code civil?

Mais, dira-t-on, comment le bailleur peut-il être préféré au propriétaire? Si le premier a le droit de suite, le second a un droit plus fort, plus étendu, plus énergique, le droit de propriété dans toute sa plénitude. Il est donc inique de créer au locateur une situation privilégiée que l'infériorité de son titre ne devrait pas lui faire attribuer.

Ce n'est pas d'aujourd'hui que de telles objections ont été formulées. Sous l'ancien droit, qui admettait en faveur du bailleur la doctrine que nous soutenons, elles étaient présentées par Bacquet, Ferrières, Brodeau et Basnage. Mais Dumoulin estimait que le droit de suite et de préférence existait au profit du locateur, *etiam contra emptores bonæ fidei, modo intra breve tempus et rebus exstantibus.* « Joly, commentant la coutume de Paris (art. 170), donnait pour fondement au droit de suite les raisons suivantes : les meubles sont tellement affectés au paiement des loyers que le fermier ne peut les transporter ailleurs *sans le congé du propriétaire sous le pouvoir duquel ils sont,* et s'il les transporte à son insu, il commet en quelque sorte un larcin. » Pothier enfin (*Du louage*, n° 261) conclut dans le même sens : « Les meubles, dit-il, ayant contracté *une espèce d'hypothèque*, lorsqu'ils ont été introduits dans la maison ou métairie, le locataire ne les possédant dès lors qu'à la charge de cette espèce d'hypothèque, n'a pu les transporter à un autre qu'à cette charge, personne ne pouvant transférer à un autre plus de droits dans une chose qu'il n'en a lui-même. »

Cette assimilation du déplacement des meubles qui garnissent la ferme à un vol ou larcin, cette attribution du droit de suite au privilège du bailleur, alors que les autres privilèges mobiliers ne jouissent pas du même avantage, paraissent fort peu justifiées à M. Laurent. Il recherche (t. 29, n° 439) les raisons qui ont pu motiver la différence établie par la loi entre le privilège du

Digitized by Google

locateur et les autres privilèges et il n'en trouve d'autre « que la faveur singulière dont a toujours joui la créance du *seigneur d'hôtel* et du *seigneur de métairie*, » comme Pothier ne manque jamais de dire en parlant du bailleur.

Est-ce bien de pareils motifs que l'ancien droit et le Code civil se sont inspirés pour édicter en faveur du locateur la disposition que l'on sait? Le législateur, lorsqu'il veut créer un privilège, apprécie la qualité de la créance à laquelle il doit en attribuer le bénéfice, et il y attache des droits d'autant plus étendus que cette qualité lui paraît supérieure à celle des autres créances. Il ne procède pas autrement, lorsqu'il s'agit du droit de propriété, d'un côté, du droit de gage, de l'autre. Qu'un propriétaire soit dépouillé d'un objet mobilier qui lui a appartenu, et a été ensuite possédé par un tiers de bonne foi, c'est là un fait fâcheux assurément, mais dont les conséquences sont restreintes dans une certaine mesure. Mais qu'un bailleur ne puisse revendiquer les meubles qui forment son gage en vertu du contrat même qui le lie au preneur parce que son droit est paralysé par une possession de bonne foi, c'est là une atteinte aux intérêts de la généralité des locateurs, au respect des conventions librement consenties, une entrave au crédit de la nombreuse catégorie des locataires. La majeure partie des citoyens n'est pas propriétaire de maisons ou d'appartements, c'est un fait qu'on ne peut contester. Cependant il faut qu'elle se loge : elle ne pourra le faire qu'avec une extrême difficulté, dans les conditions les plus désavantageuses, si le bailleur n'est pas mis en possession de garanties matérielles destinées à assurer son paiement. La question du logement est d'une importance sociale énorme, on l'a vu en 1870-1871 et à d'autres époques où elle a nécessité des mesures spéciales, elle touche à l'intérêt public. Voilà sans doute la raison principale qui a fait armer le bailleur du droit de suite.

On objecte, il est vrai, que les meubles n'ont pas de suite par hypothèque (art. 2119, C. civ.). Cette disposition, qui ne fait que reproduire une maxime de l'ancien droit sous l'empire duquel l'hypothèque sur les meubles était admise par certaines coutumes seulement quant au droit de préférence avec exclusion formelle du droit de suite, ne saurait avoir la même portée sous

Digitized by Google

le Code civil. Les art. 2114 et 2118 édictant que l'hypothèque est un droit réel sur les immeubles et qu'il n'y a de susceptibles d'être hypothéqués que les biens immobiliers et leurs accessoires réputés immeubles, il est manifeste que les meubles ne peuvent être l'objet d'une hypothèque. Le texte de l'art. 2119 n'est donc autre chose qu'une redondance, qu'une répétition du législateur qui a voulu en parlant des meubles affirmer de nouveau le caractère essentiellement immobilier de l'hypothèque, comme s'il ne résultait pas suffisamment du texte même des art. 2114 et 2118 précités. Certains auteurs ont prétendu que l'art. 2119 se réfère aux immeubles par destination qui, séparés de l'immeuble par nature auxquels ils ont été attachés, reprennent ensuite leur nature mobilière. Cette interprétation n'est pas admissible; rien dans le texte de la loi, ni dans les travaux préparatoires qui l'ont précédée, ne permet de s'y arrêter. Les termes de l'art. 2119 sont généraux et absolus, partant applicables à tous les meubles, quels qu'ils soient, à ceux qui ont toujours eu le caractère de meubles, aussi bien qu'à ceux qui après l'avoir perdu par une immobilisation plus ou moins prolongée, l'ont recouvré plus tard. La distinction que l'on essaie d'établir entre ces deux catégories d'objets mobiliers n'est donc pas fondée. Ce que la loi a voulu dire uniquement, c'est que les meubles ne peuvent être hypothéqués. M. Valette (*Mélanges*, p. 247) et M. Paul Pont (*Privilèges et hypothèques*, nos 414 et 415) l'ont démontré avec une saisissante netteté.

Ainsi la disposition relative au droit de suite par hypothèque, qui est refusé aux meubles, est dépourvue de toute portée en ce qui concerne le privilège spécial qui grève certains meubles au profit du bailleur. On n'en saurait conclure que ce dernier est privé de ce droit énergique sans lequel son privilège serait presque toujours inefficace et inutile.

Si le législateur avait cru nécessaire de mettre sur le même rang les droits du propriétaire et du bailleur sur les meubles possédés par les tiers acquéreurs de bonne foi, il n'eût pas manqué de l'édicter formellement dans l'art. 2102 du Code civil. Il ne l'a pas fait, on ne peut arbitrairement suppléer à son silence même en torturant le texte de cette disposition pour

Digitized by Google

appliquer au bailleur les règles que les art. 2279 et 2280 n'ont établies que pour le propriétaire. M. Laurent, ainsi que nous l'avons dit plus haut, a raison de soutenir que le déplacement des meubles sans le consentement du locateur ne peut être assimilé à la perte ou au vol desdits meubles. La première condition pour qu'un objet mobilier ait été perdu ou soustrait frauduleusement (art. 379, C. pénal), ce serait qu'il appartînt en toute propriété au bailleur. Or celui qui a été déplacé à son préjudice dans notre espèce est la chose du fermier grevée à la vérité d'un droit de gage, d'un privilège et du droit de suite qu'il comporte, mais cette affectation n'a pas pour résultat de l'éliminer du patrimoine de ce dernier dont elle continue à faire partie malgré le démembrement de propriété qu'elle a subi. La différence qui existe entre les deux hypothèses de perte ou de vol et de déplacement des meubles est donc trop grande pour qu'on puisse établir entre elles la moindre analogie.

De ces diverses considérations il résulte que les art. 2102, 2279 et 2280 du Code civil prévoient deux situations, deux revendications entièrement dissemblables et qu'il n'y a pas lieu, dès lors, de les soumettre aux mêmes règles. C'est en ce sens que se prononcent Troplong (*Privilèges et hypothèques*, t. I, n° 161); Baudry-Lacantinerie (t. III, n° 1100); Laurent t. XXIX, n° 438). En faveur du tiers possesseur de bonne foi nous trouvons : Mourlon (*Répétitions sur le Code civil*, sous l'article 2102); Duranton (*Cours de droit français*, t. XIX, n° 100); Aubry et Rau (t. II, § 261); Valette (*Privilèges*, n° 67); Guillouard (*Louage*, t. II, n° 925); Paul Pont (*Privilèges et hypothèques*, n° 132).

La jurisprudence, à l'exception de deux jugements des tribunaux d'Hazebrouck et de Montmédy du 23 octobre 1880 (*Journal du Palais*, 1885. 1. 471) et du 20 mars 1884, n'admet pas que le privilège du bailleur puisse être paralysé par la possession de bonne foi des tiers. Ont statué en ce sens les tribunaux de Gray, le 3 mars 1881 (D. P. 1882. 3. 62), de Senlis, le 23 novembre 1881 (D. P. 1882. 3. 62), de Saint-Nazaire le 9 novembre 1881 (*Gazette du palais*, 1884. 1. 93), de Pontarlier, le 20 décembre 1883 (Sirey, 1885. 2. 92), de la Châtre, le 13 août 1886. Cette

Digitized by Google

dernière décision a résumé dans un considérant qu'il est intéressant de reproduire les motifs principaux qui militent en faveur du locateur :

« Attendu, dit le tribunal de la Châtre, que le bailleur exerce non une revendication analogue à celle du propriétaire volé, mais un véritable droit de suite qui découle de son privilège et résiste à toute restriction tirée soit de la bonne foi, soit de l'application de l'article 2280 du Code civil; que, du reste, l'article précité ne distingue pas entre le détenteur de bonne ou de mauvaise foi; qu'enfin il est évident que le privilège qui est accordé au bailleur sur le prix de certains objets serait illusoire s'il pouvait être tenu de payer au détenteur la valeur même et les frais de garde des objets sur lesquels son gage repose. »

Les Cours d'appel se prononcent dans le même sens. (V, Poitiers, 7 février 1834, D. P. 1834 2. 179; Nancy, 20 août 1881; Amiens, 27 juin 1882, D. P. 1883. 5. 369; Cour supérieure du Luxembourg, 14 août 1882, Sirey 1885. 4. 8; Nancy, 6 décembre 1884, D. P. 1885. 2. 153; Caen, 19 décembre 1885, *Gazette du Palais*, 1886. 1. 490; Chambéry, 13 juillet 1886, *Gazette des tribunaux*, 22 septembre 1886). L'arrêt de Caen, fortement motivé est ainsi conçu :

« La Cour : Attendu qu'aux termes de l'article 2102 du Code civil, le bailleur peut, en vertu de son privilège, saisir les meubles garnissant la ferme, lorsqu'ils ont été déplacés sans son consentement; que le législateur a ainsi armé le locateur à l'égard de tous les objets mobiliers formant son gage d'un véritable droit de suite, et les a grevés d'une sorte d'hypothèque occulte qui les suit en toutes mains et expose tout possesseur à une revendication utile; qu'une seule restriction est apportée à l'exercice de ce droit dans l'intérêt des tiers, l'obligation de le mettre en mouvement dans une période déterminée.

« Attendu qu'une conséquence nécessaire du droit ainsi constitué est que l'objet qui en est grevé ne passe que démembré entre les mains de l'acheteur et que la propriété définitive, incommutable, ne lui en est conférée qu'autant que le bailleur aura laissé passer sans agir en revendication le délai imparti à cette fin;

Digitized by Google

« Attendu que cette faveur de la loi, si exceptionnelle qu'elle soit lui est attribuée en termes clairs et formels par le texte prérappelé; qu'on argumente en vain pour y faire échec de l'article 2280 qui, en obligeant le possesseur d'une chose perdue ou volée et par lui achetée en foire à en faire la remise au propriétaire, l'autorise à se faire rembourser par ce dernier le prix qu'elle lui a coûté; qu'on prétend par analogie que le bailleur ne peut avoir de droits plus étendus;

« Mais, attendu que l'article 2280 ne s'applique ni dans son texte, ni dans son esprit au bailleur, armé d'un droit de suite sur l'objet formant son gage et devant en bénéficier au respect de tous; qu'il est inadmissible qu'on le place dans cette alternative ou de perdre son privilège ou de devenir propriétaire en payant la valeur, à l'acheteur, de la chose sur laquelle il avait et entend conserver le droit particulier que la loi lui assure; que dans la dernière hypothèse la chose restituée ne pourrait être replacée dans son premier état et reprendre sa nature de gage, alors que précisément tel est le but et telle est la sanction de la revendication que le locateur est expressément autorisé à poursuivre;

« Attendu que si le système contraire pouvait prospérer, il est manifeste que le bailleur serait à la merci de son locataire ou fermier; que celui-ci, en effet, en vendant ou faisant vendre sur le marché voisin son mobilier mort ou vif, sans que le locateur, quelle que fût sa vigilance, pût s'y opposer à temps, rendrait absolument illusoire le droit de suite appartenant à ce dernier, et ruinerait son privilège; qu'un tel résultat répugne au texte comme à l'esprit de l'art. 2102;

« Attendu, sans doute, que ce droit privilégié ne saurait être étendu au-delà du légitime intérêt qu'il a pour but de sauvegarder; qu'obligé de vendre les produits de son exploitation pour payer son fermage, le locataire doit être réputé autorisé tacitement à tous les actes d'aliénation compatibles avec l'administration d'un bon père de famille, comme aussi avec la nécessité d'entretenir sur la ferme un nantissement suffisant pour garantir au propriétaire le paiement du prix du bail et assurer la bonne exploitation des terres affermées;

Digitized by Google

« Mais attendu que la vente consentie le 26 janvier 1885 par les époux Thibault à Sérieux ne comporte pas ce consentement tacite; qu'il est constant que, débiteurs de deux années de fermages, menacés de saisies, ils se sont proposé de réaliser rapidement le prix de leur mobilier pour le soustraire à l'action privilégiée du bailleur; que les deux animaux vendus par eux fictivement ou en réalité à Sérieux doivent, en raison des circonstances de la cause, être considérés comme faisant partie du capital mobilier de la ferme dont un bailleur soucieux de ses intérêts ne peut être présumé avoir consenti le déplacement; que l'appel des consorts Avignon procède donc bien et doit être accueilli;

« Par ces motifs, etc. »

Dans les espèces jugées par les décisions que nous venons d'indiquer, il s'agit de bestiaux garnissant la ferme qui ont été déplacés et vendus. Les jugements et arrêts constatent plus ou moins explicitement que ces animaux appartenaient au fermier, d'où la conséquence qu'ils ont pu former le gage du bailleur et être saisis-revendiqués à sa requête. Mais si celui-ci, ainsi que cela se fait parfois dans la pratique, dans le but de se prémunir contre les agissements dolosifs à l'aide desquels un preneur aux abois détourne le cheptel de fer établi pour l'exploitation de la ferme, intente une action en revendication pour rentrer en possession des bestiaux enlevés, la solution à intervenir sera-t-elle la même? Il semble que non, car l'admission d'une pareille doctrine ferait échec à tous les principes qui président à la constitution du cheptel.

Aux termes des art. 1821, 1822, 1823 et 1826 du Code civil, le cheptel de fer est donné à bail par le locateur au fermier qui est tenu à sa sortie de laisser des bestiaux d'une valeur égale au prix de l'estimation de ceux qu'il a reçus, à son entrée dans les lieux loués. Cette estimation ne transfère pas la propriété au preneur; elle n'a d'autre effet que de mettre le cheptel à ses risques. Sauf convention contraire, tous les profits pendant la durée du bail lui appartiennent. A l'expiration du contrat, le fermier est tenu de laisser un cheptel de valeur pareille à celui a reçu. S'il y a du déficit, il doit le payer et c'est seulement de l'excédent qu'il devient propriétaire.

Digitized by Google

Ces règles ne s'appliquent pas, cela se comprend, avec une rigueur qui rendrait toute exploitation impossible. Dans la pratique le fermier, en vertu du consentement tacite du bailleur, aliène, remplace, renouvelle à sa guise, pourvu qu'il agisse avec bonne foi et en administrateur prudent, les animaux qui composent le cheptel. Mais si le locateur s'aperçoit qu'il est victime de détournements préjudiciables, que les bestiaux affectés à son domaine disparaissent sans être remplacés, les principes en matière de cheptel doivent être strictement appliqués. Dans ces conditions, le bailleur a le droit de saisie-revendication pour recouvrer son cheptel. Ce n'est plus, il est vrai, en vertu de l'art. 2102 du Code civil et du privilège qui lui est dévolu comme créancier gagiste, mais exclusivement en tant que propriétaire qu'il exerce son action. Nul, en effet, n'a de privilège sur soi-même, tandis que chacun peut toujours revendiquer les meubles dont il a la propriété. Mais cette situation juridique sera beaucoup moins favorable au bailleur. Privée du droit de suite, sa revendication n'aura ni la même énergie, ni la même efficacité que celle qu'il aurait exercée en vertu de l'art. 2102 du Code civil. Elle devra nécessairement être paralysée par la possession de bonne foi, et les tiers seront fondés à se prévaloir, à l'encontre du locateur, des dispositions des art. 2279 et 2280. Ce n'est qu'au cas où les animaux revendiqués constitueraient un profit pour le fermier, un croît, ou formeraient un excédent de cheptel qu'ils seraient grevés du privilège et soumis au droit de suite. Il est donc indispensable que les Cours et tribunaux, chargés d'apprécier le mérite de l'action en revendication, déterminent nettement, à l'aide des moyens d'instruction dont ils disposent, les circonstances de nature à établir si le bétail saisi est en tout ou en partie grevé du privilège du bailleur.

Telles sont les considérations décisives, selon nous, que l'on peut invoquer en faveur du locateur. Si intéressant que puisse être le possesseur de bonne foi, il est difficile de lui donner la préférence. Ce serait refaire la loi, et non l'appliquer. Or, il n'appartient pas aux juges de procéder de la sorte. Du reste, la Cour suprême vient d'être saisie de la question par deux arrêts de la Chambre des requêtes qui a admis les pourvois formés con-

Digitized by Google

tre les décisions de la Cour de Chambéry et d'une autre Cour d'appel, et nous avons la conviction que cette controverse se terminera par le triomphe des principes que nous avons soutenus.

H. PASCAUD.

DE L'EXERCICE DE L'ACTION PAULIENNE A L'ÉGARD DES DONATIONS FAITES PAR CONTRAT DE MARIAGE [1],

Par M. Eugène Godefroy, avocat à la Cour d'appel de Paris.

La Cour de cassation a rendu le 18 janvier dernier un arrêt qui tire la dernière conséquence de sa jurisprudence sur les conditions d'exercice de l'action paulienne ou révocatoire en ce qui concerne les donations par contrat de mariage. Les décisions de la Cour avaient jusqu'à présent posé ce principe que les donations par contrat de mariage doivent être considérées comme des actes à titre onéreux, tout au moins lorsqu'il s'agit d'une dot constituée en faveur de la femme, et cela sans distinguer, comme le font presque tous les auteurs, entre les droits de la femme sur sa propre dot et ceux du mari sur la dot de sa femme. La Cour avait même, par un arrêt du 14 mars 1848 [2], étendu ce système à la donation faite au mari par ses père et mère en considération du mariage.

La conséquence de cette doctrine est que les créanciers du donateur qui attaquent la constitution de dot ou la donation par contrat de mariage en vertu de l'art. 1167, C. civ., ne peuvent triompher dans leur action qu'en prouvant non seulement la mauvaise foi de leur débiteur, mais encore celle de son donataire et, s'il s'agit d'une constitution de dot faite à la femme, en prouvant de plus la mauvaise foi de son mari que l'on considère comme ayant acquis à titre onéreux des droits sur cette dot. Enfin, dans l'arrêt récent qui occasionne ces observations, la Cour a pensé que la femme doit être considérée comme ayant sur la dot

[1] Pour l'indication des sources, consulter le rapport de M. le conseiller Manau inséré dans la *Gazette du Palais* du 29 janvier 1887 et Demolombe, *Contrats*, t. II, nos 207 et suiv.

[2] Sirey, 48. 1. 376 et Dall. 48. 1. 66.

Digitized by Google

de son mari[1] des droits de la même nature que ceux que le mari a sur la dot de sa femme et qu'en conséquence lorsque des créanciers attaquent la donation faite dans son contrat de mariage à un mari par un de ses ascendants, leur action ne peut réussir du vivant de la femme qu'autant qu'ils prouvent non seulement la mauvaise foi du donateur et du mari donataire, mais encore celle de la femme.

La doctrine de cet arrêt ne nous paraît pas devoir passer sans protestation dans la jurisprudence et nous semble prêter aux critiques les plus sévères.

Pour la combattre trois méthodes se présentent à l'esprit.

I.

La première consisterait à soutenir que le motif de la distinction traditionnelle en vertu de laquelle seuls les actes à titre gratuit tombent sous le coup de l'action révocatoire sans qu'il soit nécessaire de prouver la mauvaise foi de leurs auteurs, réside uniquement dans l'inutilité que présenterait pour les créanciers la réussite de leur action en ce qui concerne les actes à titre onéreux consentis de bonne foi; le plus souvent en effet ces actes procurent des avantages équivalents à chaque partie contractante et par conséquent ne sauraient appauvrir le patrimoine du débiteur, ce qui exclut toute idée de préjudice causé aux créanciers qui seraient tentés d'attaquer ces actes en vertu de l'art. 1167.

A l'appui de cette manière de voir on pourrait faire remarquer qu'elle paraît avoir inspiré les rédacteurs des art. 446 et 447 du Code de commerce qui appliquent en matière commerciale le principe posé dans l'art. 1167 du Code civil. Ce système, il faut le reconnaître, aboutit à faire du mot *fraude* de l'art. 1167 le synonyme du mot *préjudice*, et, nous nous empressons de le dire, il ne nous paraît devoir être admis que dans les cas particuliers dans lesquels la loi a effectivement opéré cette substitution de mots, ainsi que nous le voyons dans les art. 622, 788, 1053, 2225 en matière de renonciation à un usufruit, à une succes-

[1] L'expression « dot du mari », bien que ne faisant pas partie du langage courant de la science juridique, nous paraît légitimée par sa commodité et par certains textes tels que l'art. 511 du Code civil.

Digitized by Google

sion, etc., et aussi en matière de faillite à cause de la rédaction particulièrement énergique de l'art. 446 du Code de commerce et de la rigueur nécessaire en matière commerciale.

Nous ne faisons donc aucune difficulté pour admettre qu'à la première base que nous avons assignée à la distinction entre les actes à titre onéreux et les actes à titre gratuit au point de vue de l'exercice de l'action révocatoire, s'en ajoute une seconde : l'injustice qu'il y aurait à porter atteinte à des droits légitimement acquis à des tiers qui ont contracté de bonne foi et qui, comme les créanciers poursuivants, luttent, selon l'expression du droit romain, *de damno vitando*. Rien de plus juste en conséquence que de leur faire application de l'adage : « *in pari causa, melior est causa possidentis.* »

— Retenons seulement du premier point de vue que nous avons exposé qu'il paraît bon en cette matière de ne pas se laisser dominer par le second motif de la distinction entre les actes à titre gratuit et les actes à titre onéreux au point d'en oublier le premier, et de ne pas perdre de vue qu'en définitive le texte de l'art. 1167 ne consacre pas formellement la distinction traditionnelle, qu'il ne fait que s'y prêter. Il peut donc paraître naturel qu'en cas de doute sur le caractère d'un acte menacé par l'exercice de l'action paulienne, la balance penche plutôt en faveur de l'application rigoureuse de l'art. 1167. Cette pensée d'ailleurs fut celle de la Cour de Grenoble dans un arrêt très juridiquement et très soigneusement motivé du 3 fév. 1842 [1]. Cet arrêt, qui très catégoriquement faisait tomber les donations par contrat de mariage sous le coup de l'action paulienne même au cas de bonne foi des époux et qui était rendu à une époque où la jurisprudence était loin d'être fixée sur la matière, eût dû peut-être exercer une certaine influence sur sa formation; tout au moins, la pensée qu'il exprimait méritait d'être discutée et prise en considération. Malheureusement pour l'opinion à laquelle il donnait gain de cause, il ne fut inséré qu'au *Répertoire alphabétique* de Dalloz et non dans les recueils périodiques de jurisprudence, et, malgré ses motifs généraux, il fut placé au traité de la faillite, au lieu de prendre place dans un des traités consacrés au

[1] Dall., *Rép. alph.*, v° *faillite*, n° 277 en note.

Digitized by Google

droit civil général; puis le seul document de jurisprudence qui par la suite reprit cette doctrine, un arrêt de Caen du 7 mars 1870 [1], inséra dans des considérants très abrégés une erreur sur le caractère essentiel des actes à titre onéreux qu'il voyait dans l'utilité réciproque des parties. Il y avait là une exagération, puisque l'art. 1106 exige seulement que chaque partie soit obligée à donner ou à faire quelque chose, exagération peu faite pour appeler sur le système l'attention et la faveur des jurisconsultes.

II.

La seconde méthode qui peut être employée pour combattre le système de la Cour de cassation, est celle qui fut soutenue à l'appui du pourvoi rejeté par l'arrêt du 18 janvier dernier. — Elle consiste à admettre tout le système de la jurisprudence sauf sa dernière conséquence : on admet que le principal motif de la distinction entre les actes à titre gratuit et les actes à titre onéreux en ce qui concerne l'exercice de l'action paulienne réside dans l'intérêt légitime des tiers qui ont acquis de bonne foi des droits à titre onéreux; on admet que le contrat de mariage est un acte à titre onéreux, notamment en ce qui concerne le mari de la femme dotée qui n'est autre qu'un sous-acquéreur à titre onéreux ou un associé. — Mais il en est autrement, dit-on, en ce qui concerne la femme du mari doté, parce que la loi ne confère à la femme sur la dot de son mari aucun des droits qu'elle confère au mari sur la dot de sa femme, et cela surtout si les époux sont mariés sous le régime dotal et si les biens donnés au mari dont il s'agit sont purement mobiliers. Tout au plus concéderait-on à la Cour suprême que les créanciers seraient peut-être impuissants à porter atteinte à l'hypothèque légale de la femme sur les immeubles du mari, impuissants aussi à diminuer les droits de la femme commune en biens sur le patrimoine de la communauté.

Ce système basé sur l'extranéité de la femme au regard de tout ce qui constitue la fortune personnelle de son mari est, il faut le reconnaître, d'une grande force, et il a pour lui l'autorité de jurisconsultes considérables. Pour en défendre la doctrine, on

[1] D. P. 70. 2. 97 et note de M. Bertauld.

Digitized by Google

fait remarquer qu'il est impossible de trouver dans la loi un texte qui confère à la femme des droits sur les biens donnés à son mari dans son contrat de mariage; que même l'expression de dot ne saurait être juridiquement employée à l'égard des biens du mari, que la loi n'a jamais employé directement ce terme pour les désigner et qu'aucun texte n'a jamais parlé de leur affectation spéciale aux charges du mariage; que personne d'ailleurs n'a jamais contesté qu'il soit loisible au mari de les dissiper à sa guise, sans que cette mauvaise gestion de son propre patrimoine puisse motiver juridiquement de la part de la femme une demande en séparation de biens; qu'enfin le donateur par contrat de mariage, s'il est tenu de l'obligation de garantie, n'en est en aucune façon tenu vis-à-vis de la femme quand le donataire est le mari, alors que cette garantie est due au mari quand le donataire est la femme. En un mot, dit-on, la femme ne peut être considérée comme un donataire à titre onéreux puisqu'elle n'est pas donataire, puisqu'elle ne reçoit rien.

On peut certes soutenir un pourvoi avec confiance quand on l'appuie sur des motifs juridiques aussi sérieux; et cependant ces arguments ne sont-ils pas bien près d'être détruits par les adversaires de ce système, quand ceux-ci font remarquer que, si la loi confère au mari sur la dot de sa femme des droits qu'elle ne confère pas à la femme sur la dot de son mari, cela tient bien plus à la nécessité de l'unité du commandement dans la société conjugale et à la responsabilité du mari qu'à une différence de droits entre les époux; — qu'on pourrait peut-être trouver dans l'art. 1545 la preuve que la qualification juridique de dot s'applique aussi bien à la donation faite au mari en vue du mariage qu'à la donation faite à la femme; — qu'en somme, et si on laisse de côté les subtilités juridiques, la femme a eu le droit de compter sur la fortune de son mari à un aussi juste titre que le mari avait le droit de compter sur la fortune de sa femme; — que, si la dot du mari vient à disparaître, les obligations que la femme a contractées en consentant au mariage deviennent singulièrement plus onéreuses pour elle; — que d'ailleurs l'intention de toutes les parties qui ont participé à ce pacte de famille qui s'appelle le contrat de mariage a été bien plus d'assurer des moyens d'existence à la

Digitized by Google

famille en général qu'à chaque époux en particulier; — qu'enfin l'intérêt de la sécurité du mariage, qui a été, bien évidemment, le grand mobile de la Cour de cassation quand elle s'est engagée dans la jurisprudence que nous étudions, n'est pas moins pressant s'il s'agit de sauvegarder la dot du mari que s'il s'agit de sauvegarder la dot de la femme?

Et voilà pourquoi nous pensons que si le système du pourvoi rejeté le 18 janvier 1887 avait le mérite de ne pas heurter de front la jurisprudence établie, il ne puisait pas dans les motifs sur lesquels il était appuyé une force suffisante pour triompher des tendances accentuées de la jurisprudence en faveur de la stabilité quand même du contrat de mariage.

III.

Il nous semble que, si un jour ou l'autre la jurisprudence en cette matière doit changer, que si les droits des créanciers doivent finir par triompher des prétentions des époux, on n'arrivera à ce résultat qu'en soutenant un troisième système plus radical que les deux premiers et en démontrant, ce qui ne nous paraît pas impossible, que la constitution de dot, la donation par contrat de mariage est, aussi bien à l'égard du donateur que de l'époux donataire et de son conjoint, mari ou femme, une pure libéralité. C'est cette démonstration que nous voudrions faire et, si nous y arrivons, il est bien évident qu'il devient inutile de rechercher si les droits de la femme sur la dot de son mari sont différents des droits du mari sur la dot de sa femme; toutes les libéralités faites par contrat de mariage tomberont comme toutes les autres sous le coup de l'action paulienne sans qu'il soit besoin de prouver la mauvaise foi de l'un ou de l'autre des époux [1].

Nous avons donc à nous demander si la constitution de dot, la libéralité par contrat de mariage présente les éléments du contrat à titre onéreux.

Et d'abord qu'est-ce qu'un contrat à titre onéreux?

C'est celui, dit l'art. 1106, qui assujettit chacune des parties à donner ou à faire quelque chose, ou plutôt, selon la rectification unanimement admise, celui qui exige pour sa formation que

[1] En ce sens, Krug-Basse, *Revue critique*, t. XIV, p. 257.

Digitized by Google

chacune des parties donne ou fasse quelque chose[1] : je vends mon cheval à Paul : je m'oblige à livrer le cheval, Paul s'oblige à m'en payer le prix ; — je prête une somme d'argent à Pierre : en retour de la prestation que j'ai fournie, Pierre s'oblige à me restituer la somme prêtée au bout du temps convenu et, s'il y a lieu, à m'en payer les intérêts. Voilà l'*utilité réciproque* des deux parties dont parlait un arrêt[2] après Pothier. — Ou bien encore je vends mon cheval à Paul et nous convenons qu'il payera le prix à Pierre ; — je prête une somme d'argent à Pierre et Pierre s'oblige à payer les intérêts et à rembourser la somme à Jacques : il n'y a plus ici d'utilité réciproque, mais il y a toujours une corrélation directe entre les obligations des deux parties, une équivalence approximative entre ces deux obligations : l'une est la cause de l'autre ; l'une est la mesure de l'autre. — Voilà bien les caractères essentiels du contrat onéreux : chaque partie s'oblige à donner ou à faire quelque chose ; nous sommes en présence d'UN MARCHÉ.

Appliquons ces notions au contrat de mariage :

Le constituant, celui qui a parlé au contrat, selon l'expression consacrée, s'oblige à faire une prestation à l'un des époux. Mais le bénéficiaire direct ou indirect de cette prestation contracte-t-il en retour une obligation : une obligation (cela est nécessaire) dont la cause et la mesure se trouvent dans la donation qui lui a été faite ?

En vertu de l'art. 203, les époux contractent ensemble, *par le fait seul du mariage*, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants. L'art. 214 oblige le mari à recevoir la femme et à lui fournir tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie *selon ses facultés et son état*. D'après les art. 1438 et 1439, à moins de stipulation contraire, ils se doivent l'un à l'autre la moitié de la dot qu'ils font à leurs enfants. En vertu de l'article 1448, la femme qui a obtenu la séparation de biens, doit contribuer proportionnellement à ses facultés et à celles du mari, tant aux frais du ménage qu'à ceux d'éducation des enfants

[1] Colmet de Santerre, t. V, p. 9.

[2] Caen, 7 mars 1870, *sup. cit.*

Digitized by Google

communs; elle doit supporter entièrement ces frais s'il ne reste rien au mari.

Voilà bien des obligations; les époux les contractent en leur qualité d'époux. Mais il n'en est pas une qui trouve sa cause dans la constitution de dot. Toutes elles découlent du mariage lui-même en vertu des textes de la loi; nous avons donc le droit de dire que la donation par contrat de mariage n'est la cause d'aucune obligation, qu'en recevant du donateur tout ou partie de sa dot, l'époux doté ne contracte aucune obligation, que son conjoint qui participe à ce gain n'en contracte pas davantage, que par suite la donation par contrat de mariage ou l'apport que l'époux fait à son conjoint n'oblige pas chacune des parties à donner ou à faire quelque chose, qu'il n'y a donc pas là un acte à titre onéreux.

On nous répond alors : ce n'est pas, il est vrai, le principe même de ces obligations qui naît du contrat de mariage, mais c'est leur étendue, leur mesure qui varie suivant l'étendue des ressources mises à la disposition des époux par leur contrat de mariage; ces ressources ont une affectation spéciale : les charges du ménage, et voilà ce qui fait que les époux les ont acquises à titre onéreux. — Erreur à notre avis aussi manifeste que la première.

Et d'abord où voit-on cette affectation spéciale des biens donnés par contrat de mariage? A-t-on jamais nié que les époux puissent les dissiper à leur gré et faire succéder à leur opulence la misère pour eux et pour leurs enfants? Sans doute, si le mari seul est dissipateur, la femme pourra l'arrêter dans une certaine mesure en demandant la séparation de biens, et, si les enfants n'étaient pas élevés dans des conditions normales d'après la fortune de leurs parents, certains jurisconsultes admettent qu'ils pourraient trouver dans d'autres membres de leur famille des défenseurs autorisés pour porter leurs griefs devant les tribunaux. Mais la mesure de ces obligations des époux entre eux et des parents envers leurs enfants se trouve-t-elle dans l'importance des ressources que leur a procurées leur contrat de mariage? En aucune façon : l'unique mesure de ces obligations c'est la fortune des conjoints, quelle qu'en soit l'origine, à quelque moment de leur

Digitized by Google

vie qu'elle leur soit échue. Que des époux après s'être mariés dans la pauvreté ou la médiocrité acquièrent par la suite la richesse, leurs obligations croîtront avec leur fortune sans que la modicité de leurs dots ait sur l'étendue de ces obligations la moindre influence; qu'au contraire ils aient été mariés dans l'opulence et que la misère s'abatte sur eux, leurs obligations se réduiront dans la mesure de leurs ressources, sans que l'importance de leurs dots puisse les aggraver. Et cela est si vrai que les art. 1537 et 1575, dont le but est de déterminer pour certaines hypothèses, la proportion dans laquelle chaque époux contribuera aux charges du mariage, établissent cette proportion non pas d'après l'importance de leur dot respective, mais d'après l'importance de leurs revenus en général. Affectation spéciale aux charges du ménage! Mais a-t-on jamais prétendu empêcher des époux de payer leurs dettes avec leurs dots, et même les maris peu délicats de liquider leur propre passif avec les revenus de la dot de leur femme? Si les époux contractaient spécialement l'obligation d'affecter la fortune qu'ils acquièrent par leur contrat de mariage aux charges du ménage, il faudrait en conclure que ceux dont toute la fortune a cette origine n'auraient pas le droit d'en employer la plus faible partie à des dépenses de pur agrément ou de charité et que ceux qui tiennent toute leur fortune de toute autre source auraient le droit de tout dissiper en laissant de côté les charges du ménage et l'éducation de leurs enfants.

Et puis si une obligation spéciale était contractée par les époux comme conséquence directe du don qui leur est fait, il faudrait alors, pour être logique, sanctionner cette obligation par les sanctions en usage en matière d'obligations résultant de contrat à titre onéreux : le donateur aurait le droit de veiller à l'exécution de ces obligations, de demander des dommages-intérêts en cas d'inexécution, etc, etc. Tout cela est-il admissible?

Non; la vérité c'est qu'aucune obligation n'incombe aux époux comme corollaire direct et spécial de la dot qu'ils ont reçue : ils doivent employer ce qui leur est échu par contrat de mariage suivant les mêmes règles que ce qui leur échoit par donations, successions, dons de fortune, etc., et nous avons le droit de dire que, pas plus dans leur mesure que dans leur principe, les obligations

Digitized by Google

des époux ne sont la conséquence des libéralités qui leur ont été faites dans leur contrat de mariage; il n'y a pas dans tout cela ce caractère de MARCHÉ qui est distinctif des actes à titre onéreux.

On croit nous embarrasser par l'art. 1540, C. civ., en vertu duquel la dot est le bien que la femme apporte au mari pour supporter les charges du mariage. Remarquons qu'en tout cas l'argument est sans portée lorsqu'il s'agit des biens apportés par le mari; mais en réalité la banalité et le manque de portée de cet article paraissent tellement évidents qu'il est impossible de ne pas s'élever contre l'argument qu'on prétend en tirer..... Pour supporter les charges du mariage! Eh sans doute! mais puisqu'il est certain que toutes les ressources des époux ont cette destination générale et bien naturelle, que peut-on conclure de là? Il n'est pas rare qu'au cours de leur union, des époux bénéficient de donations entre vifs ou testamentaires qui leurs sont faites aussi « pour supporter les charges du mariage »; dira-t-on pour cela qu'elles constituent des actes à titre onéreux? L'art. 1540 ne crée pas les charges du mariage, il les suppose; et sa rédaction d'ailleurs le prouve bien.

Mais il faut continuer cette dissection juridique et voir ce qu'il y a au fond de la théorie du *contrat de mariage-contrat à titre onéreux*. Il ne faut pas se le dissimuler (c'était l'idée du droit romain et c'est du droit romain que nous vient la théorie que nous combattons), l'idée maîtresse de ce système est la suivante : si le conjoint de l'époux doté n'avait pas trouvé la dot dans le contrat de mariage il n'aurait pas épousé, et, comme il a épousé, il se prétend créancier du constituant ou de son conjoint à tout aussi juste titre que celui qui exerce l'action paulienne. — Il ne serait certes pas raisonnable de soutenir qu'au XIXe siècle les dots n'ont et ne doivent avoir aucune influence sur les mariages; mais ce qu'il est bien permis de dire, c'est qu'il y a quelque chose d'odieux à pousser l'âpreté jusqu'à disputer sa dot ou celle de son conjoint aux créanciers de ses parents ou de ceux de son époux, et que c'est là renverser, sans vergogne, le beau proverbe : « honneur passe richesse », dont la négation va nécessairement constituer la base de l'éducation des enfants, que

Digitized by Google

la jurisprudence veut assurer. Admettre l'agument que nous venons de formuler, c'est admettre qu'en matière de mariage, l'*intuitus pecuniæ* a juridiquement plus d'importance que l'*intuitus personæ;* et nous ne voyons aucun motif de penser que ce point de vue, trop souvent exact en fait, ait été celui des auteurs du Code civil quand ils ont organisé le mariage. — D'ailleurs est-il besoin de rappeler qu'à Rome l'obligation de doter ses enfants constituait pour le père de famille une véritable dette à l'acquittement de laquelle il ne pouvait se soustraire [1], tandis que notre ancien droit coutumier et le Code civil ont formellement rejeté cette conception et ne voient dans le fait par le père de famille de doter ses enfants que la satisfaction d'un besoin de son cœur et non l'acquittement d'une dette ?

Il nous paraît maintenant superflu d'examiner, en ce qui concerne le cas particulier des droits du mari sur la dot de sa femme, si le mari tient ses droits directement du constituant ou seulement de la femme, et complétement inutile de nous demander si le contrat de mariage est un acte de société [2] ou tout autre chose. Que si le mari est comptable de la dot de sa femme, cela importe peu; du moment que la dot n'existera plus, il ne sera plus comptable; il sera déchargé de son obligation. Et d'ailleurs le bénéficiaire direct ou indirect d'une libéralité ne peut-il pas être astreint à rendre compte de l'emploi qu'il en fait?

Ce qui nous semble établi d'une manière irréfutable par les observations qui précédent, c'est qu'aucune obligation n'incombe aux époux du chef de leurs dots respectives; cela était nécessaire pour notre démonstration, cela est suffisant.

La jurisprudence et les auteurs opposent cependant quelques arguments secondaires qu'il faut réfuter rapidement :

Et d'abord l'argument de la garantie : celui qui constitue la dot, dit-on, est tenu à la garantie, or la garantie est une marque caractéristique des contrats à titre onéreux; donc la constitution de dot est un acte à titre onéreux. Est-il besoin de faire remarquer que si le législateur avait entendu donner à la constitution de dot le caractère onéreux, c'était un singulier moyen de le dire que

[1] Loi 19, Dig. *De rit. nupt.* — Loi 7, Cod. *De Dot. prom.*

[2] Colmet de Santerre, t. VI, p. 2.

Digitized by Google

de lui donner, entre beaucoup, un seul des caractères des contrats à titre onéreux et que les art. 1440 et 1547 prouvent tout simplement qu'il a voulu sanctionner cet acte à cause de son importance d'une manière particulière et exceptionnelle. L'exercice de l'action paulienne est une de ces causes d'inexécution que le législateur prévoyait en sanctionnant l'obligation de payer la dot par l'obligation de garantie et qui donnent à cette sanction toute son utilité. Dès que le donateur sera revenu à meilleure fortune, il sera tenu de restituer aux époux la dot qui leur aura été momentanément soustraite.

Que dire de l'argument tiré de l'immutabilité des conventions matrimoniales? On ne peut qu'éprouver le plus profond étonnement en voyant cet argument mentionné dans l'arrêt du 18 janvier; il suffit de lire les art. 1394 à 1397 pour savoir que cette immutabilité ne concerne que les époux eux-mêmes, et cela est si vrai que les donations par contrat de mariage sont certainement soumises et au *rapport* et à l'*action en réduction* et à la *révocation pour cause de survenance d'enfants*, ce qui prouve que, la règle concernant la garantie exceptée, la loi considère la donation par contrat de mariage comme une donation ordinaire.

Quant à l'irrévocabilité, qui est aussi visée par la Cour de cassation, nous avouons ici ne pas comprendre la pensée de la Cour; c'est précisément là un des caractères des donations ordinaires!

Et cependant malgré tous les arguments que nous avons fait valoir, on ne pourrait se défendre d'une certaine sympathie pour le système que nous combattons, s'il arrivait à protéger les enfants; mais, si on a énergiquement soutenu les droits des époux à la dot l'un de l'autre, on n'a pas encore soutenu l'inviolabilité des droits des enfants à la dot de leurs parents, et alors il faut constater que le système de la jurisprudence ne protège que les conjoints. Eh bien! de deux choses l'une : ou bien ces conjoints seront honnêtes et alors ils n'attendront pas qu'on les poursuive en justice pour rendre une dot qui ne leur appartient pas légitimement; ou bien ils ne le seront pas et alors la Cour de cassation a de singuliers protégés! Neuf fois sur dix, en effet, les choses se passeront ainsi : à la veille de tomber en faillite ou en

Digitized by Google

déconfiture les pères de famille peu scrupuleux, possédant des enfants doués de la même absence de préjugés, s'empresseront de les marier à n'importe qui, en utilisant au besoin le reste de leur crédit à emprunter la riche dot qu'ils leur feront; le conjoint, bien entendu, ne saura rien ou du moins on fera en sorte que sa connivence ne puisse pas être établie. Et puis, le tour une fois joué, les créanciers, à commencer par celui qui aura prêté la dot, se heurteront, impuissants, à « *l'immutabilité du pacte de famille conclu en vue d'assurer les moyens d'existence de la famille nouvelle* [1]. » Et, pour comble de sécurité, en cas de désunion dans la famille, le généreux donateur aura la ressource de faire condamner ses enfants à lui payer une pension alimentaire proportionnée à la fortune qu'il leur aura assurée par son honnête prévoyance.

En vérité, quelle que soit l'autorité de la jurisprudence et des auteurs, même de ceux qui ne rejettent notre système qu'en ce qui concerne les droits du mari sur la dot de la femme, il est bien regrettable que ce stratagème si simple ne soit pas déjoué par la Cour suprême, quand il suffirait pour cela de constater cette vérité que nous croyons avoir démontrée : à savoir qu'aucune obligation, soit dans son existence, soit dans sa mesure, ne résulte pour les époux des dots qui peuvent leur avoir été faites dans leur contrat de mariage. EUGÈNE GODEFROY.

BIBLIOGRAPHIE.

ÉTUDES SUR LA LOI MUNICIPALE DU 5 AVRIL 1884

Par Th. DUCROCQ,

Compte-rendu par Ch. TESTOUD, professeur à la Faculté de droit de Grenoble.

La loi du 5 avril 1884 sur l'organisation municipale est à coup sûr l'œuvre la plus importante sortie des délibérations du Parlement, depuis une dizaine d'années. Son élaboration a été longue, et on peut dire que depuis la mise en vigueur de la constitution de 1875 tous les ministères républicains y ont travaillé. Il en avait du reste été de même de la loi de 1837 qui avait

[1] Cass., 18 janvier 1887.

Digitized by Google

occupé les pouvoirs publics pendant cinq ou six ans. Si l'on voulait, au point de vue scientifique, caractériser la nouvelle loi municipale, on pourrait dire qu'elle a été surtout une œuvre de codification et de classement méthodique. On ne peut nier la réalité et l'importance des innovations introduites sur certains points : nomination des maires et des adjoints par les conseils municipaux; suppression de l'adjonction des plus imposés (et encore ces deux réformes avaient été détachées de l'ensemble du projet de loi municipale, votées et promulguées à une date antérieure à 1884); publicité des séances; extension de la capacité de la commune, etc. Tous ces changements sont incontestables. Mais il n'en reste pas moins certain que la forme générale du nouveau Code des municipalités ne s'écarte pas toujours bien sensiblement des textes antérieurs qui sont reproduits tantôt littéralement, tantôt avec des changements motivés par le développement de la jurisprudence et de la doctrine.

La loi de 1884 n'est certes pas une œuvre exempte d'imperfections; mais ses imperfections sont légères. Il a été donné une sorte de démenti à l'opinion de ceux qui déclarent avec Stuart-Mill qu'une assemblée nombreuse est aussi impropre à la besogne directe de la législation qu'à celle de l'administration. Le système actuel peut donc produire de grands travaux législatifs. Il n'est sans doute pas le meilleur que l'on puisse concevoir, mais il n'est pas non plus nécessairement impuissant et stérile.

On ne s'étonnera pas que M. Ducrocq ait commencé son cours de droit administratif pour les aspirants au doctorat de la Faculté de Paris par une vaste étude d'ensemble sur la législation municipale, considérée dans ses origines historiques, dans son fonctionnement actuel et enfin au point de vue du droit comparé. La loi des communes rayonne sur tout le droit administratif et même sur le droit constitutionnel. Comme le dit notre auteur, à la fin de sa préface, une place tellement prépondérante est faite dans le corps électoral sénatorial, aux conseils municipaux, que malgré le soin pris par le législateur de 1884, comme par ses devanciers, de refuser toute attribution politique aux corps municipaux, il est impossible d'écarter du code municipal cette fonction d'ordre éminemment constitutionnel qui leur était

Digitized by Google

dévolue par la loi déconstitutionnalisée du 24 février 1875 et que la loi organique du 9 décembre 1884 a développée. Ajoutons pour justifier l'entreprise de M. Ducrocq, que de toutes nos circonscriptions la première en ordre de date, la première également en ordre logique, si l'on prend pour point de départ non l'État, mais l'individu, c'est la commune. C'est en même temps la moins artificielle, la moins arbitraire. En général, les communes se forment d'elles-mêmes, peu à peu, par voie d'agrégation naturelle. Leur origine remonte souvent à des temps très reculés; leur existence a devancé toute intervention de l'autorité; en les constituant on s'est borné à les reconnaître. Il n'en est pas ainsi des autres circonscriptions; elles sont pour ainsi dire faites à la main; œuvres de l'Etat, elles n'existent guère que dans leurs rapports avec lui (Le duc de Broglie. *Vues sur le gouvernement de la France*, p. 75). La marche suivie par M. Ducrocq est donc, bien que n'étant pas la plus commune, la plus naturelle. Il veut parler à ses auditeurs des personnes administratives; il commence par la plus ancienne et pour ainsi dire la plus nombreuse, par celle dont la réunion a créé la nation et l'Etat.

Le livre que nous présentons aux lecteurs de la *Revue* n'est cependant pas le grand travail sur la commune que le monde juridique est en droit d'attendre de M. Ducrocq.

Nous ne savons si M. Ducrocq le prépare. Une telle entreprise est faite pour le tenter. Dans tous tous les cas il nous montre aujourd'hui le plan général du monument qu'il pourrait élever. C'est son programme pour le cours de droit administratif de doctorat sur l'administration locale. — Ce programme forme la dernière étude du livre que nous avons sous les yeux. A notre sens, il aurait dû figurer au coutraire au premier rang. Il nous aurait semblé logique de placer les idées générales et surtout l'ordre dans lequel elles devaient se présenter avant les études spéciales que contient le volume, sur certains sujets d'administration communale. L'auteur nous aurait dit ainsi quelle carrière il voulait parcourir, et après nous l'avoir montrée à vol d'oiseau, il aurait spécialement attiré nos regards sur quelques points déterminés. Quoi qu'il en soit, M. Ducrocq répartit ses matières en trois parties :

Digitized by Google

I. Histoire administrative et caractères fondamentaux de la commune et du département. — II. Administration communale, d'après la loi du 5 avril 1884. — Organisation. — III. Administration communale, d'après la loi du 5 avril 1884. — Attributions. — Ce plan général ne peut qu'être approuvé. Il paraît difficile d'en concevoir un autre, notamment pour les deux dernières parties. Il est toutefois une observation critique que nous ne pouvons pas passer sans silence, au sujet de la première partie : L'auteur y parle de l'histoire comparée des origines de la commune et du département. Il compare ensuite leurs caractères fondamentaux. Nous n'avons aucune objection à faire à cette étude préliminaire qui nous paraît être tout-à-fait en situation et qui forme le chapitre Ier de la première partie. Mais M. Ducrocq ajoute un second chapitre, ayant pour titre : Étude comparée de la commune et du département considérés au point de vue de leur administration propre et de ses rapports avec l'État. Nous nous sommes demandé si cette partie des explications ne viendrait pas plus utilement plus efficacement comme appendice, après la troisième partie. Alors, elle serait mieux comprise. La comparaison suppose des termes connus. Au début du livre, ils ne peuvent être supposés tels. M. Ducrocq sans doute a pensé qu'il s'adressait à des aspirants du doctorat et il a présumé qu'ils connaissaient déjà l'ensemble des lois départementales et communales. Mais un livre s'adresse à la grande masse des lecteurs, et, d'autre part, sans vouloir médire des aspirants au doctorat, il est bien permis de dire qu'on ne les offensera pas en les traitant comme tout le monde.

A côté de ce plan d'ensemble, l'auteur présente au public certaines parties achevées de son œuvre. — Le volume contient en effet, outre le programme du cours, trois dissertations : les deux premières formant un tout complet; la troisième relative à un sujet indépendant, relevant plutôt de la législation et du droit comparé que du droit positif.

La première étude a pour titre : des actes des maires. Il ne faudrait pas se méprendre sur la portée de cette formule. M. Ducrocq n'a nullement voulu traiter des attributions des administrateurs des communes. Il s'est proposé un objet plus élevé, plus

Digitized by Google

scientifique et peut-être plus utile. Car la connaissance des attributions des maires est surtout affaire d'énumération et d'énumération arbitraire de la part du législateur. Il s'agit pour M. Ducrocq de savoir, étant connues ces attributions, quels actes les maires accomplissent pour les exercer; comment ces actes se divisent; quelle est la nature de chacun d'eux; quelles sont enfin les règles qui président à leur validité, à leur interprétation, à leur exécution. Il s'agissait enfin de rapprocher et comparer les actes des maires avec les actes analogues des autres pouvoirs administratifs, chef de l'État, ministres et préfets. Nons avons ainsi résumé le plan de cette première étude, qui comporte huit paragraphes.

M. Ducrocq met en pleine lumière une division tripartite des actes des administrateurs municipaux, sans laquelle, comme il le dit, tout est obscur dans l'étude des actes administratifs et du contentieux. Les maires accomplissent des actes contractuels ou de gestion, des actes administratifs proprement dits et enfin des actes réglementaires, les deux derniers accomplis à titre d'autorité, les premiers à titre d'incarnation de la personnalité communale. Cette classification est du reste la conséquence de la division générale des actes de l'administration française dont l'administration municipale fait partie. Toufefois, il est à remarquer qu'en ce qui touche l'État, le chef du pouvoir exécutif n'accomplit pas les trois catégories d'actes dont il s'agit, pas plus que les ministres. C'est ainsi, en effet, que le président de la République peut faire des règlements, mais non des actes de gestion, et que les ministres peuvent faire des actes de gestion, mais non des règlements.

M. Ducrocq n'a consacré qu'un paragraphe fort bref aux actes contractuels des maires. Cette matière n'avait guère en effet besoin d'être élucidée. Ce n'est pas, à propos des actes contractuels des maires que se pose la question de la capacité de la commune. Comme le dit l'auteur, à leur égard les droits de l'administration supérieure sont ceux que lui confèrent les articles qui règlent ses rapports avec les conseils municipaux. Le maire ne fait qu'exécuter leurs délibérations, lorsqu'il passe des contrats au nom de la commune ou este en justice en son

Digitized by Google

nom, soit en demandant, soit en défendant. On serait donc sorti du sujet de la dissertation, en traitant, sous ce paragraphe, de la minorité de la commune et de son émancipation progressive par la loi du 5 avril 1884.

Nous ne pouvons évidemment nous arrêter, dans ce compte rendu, à tous les points traités par M. Ducrocq, au sujet des arrêtés soit individuels, soit réglementaires, qui sont en réalité la matière de son étude. Nous nous contenterons d'indiquer quelques solutions doctrinales, soit sur des questions nouvelles, soit sur des questions anciennes, mais controversées. Ainsi (page 3) l'auteur dénie, et avec beaucoup de raison, aux préfets le droit de modifier les arrêtés municipaux. Ils ne peuvent que les annuler ou en suspendre l'exécution. L'art. 95 § 2 de la loi du 5 avril 1884 consacre sur ce point la doctrine qu'avait exprimée M. de Rémusat dans la circulaire du 1er juillet 1840 sur l'exécution de l'art. 11 de la loi du 18 juillet 1837. Il est à remarquer du reste que ce droit de réformation des arrêtés municipaux, qu'avait jadis admis l'art. 46 de la loi des 19-22 juillet 1791, a toujours été revendiqué par l'administration préfectorale, avec une persévérance qui allait jusqu'à la passion. A deux reprises, en 1837 et en 1884, il a été repoussé. « Le législateur, dit M. Ducrocq, a voulu que l'arrêté municipal restât, dans tous les cas, l'œuvre du maire, sans que sa responsabilité pût être engagée, par des modifications, adjonctions ou suppressions que le préfet pourrait lui imposer. Celui-ci ne peut que deux choses : annuler ou suspendre. » M. Ducrocq aurait pu ajouter qu'en fait et par une voie détournée le préfet a, par la loi de 1884, obtenu ce droit de révision qu'il ne peut exercer directement. Le § 2 de l'art. 99 autorise en effet le préfet à prendre un arrêté de police relatif à une seule commune, après mise en demeure du maire. Là se trouve la solution. Le préfet n'a qu'à annuler le règlement municipal et après sommation régulière il peut prendre à la place du maire l'arrêté modifié que celui-ci n'a pas voulu signer.

L'auteur nous a donné, toujours à propos des arrêtés, quelques explications intéressantes sur une règle, introduite par l'usage, et officiellement consacrée par l'art. 96 § 4. Aujourd'hui, les arrêtés individuels ou réglementaires doivent être inscrits à leur

Digitized by Google

date, sur un registre tenu à la mairie. Il en est de même des actes de publication, pour les arrêtés qui doivent être publiés, et des actes de notification, pour ceux qui doivent être notifiés. Dans la plupart des communes, le registre en question existait déjà, avant 1884, car il avait été recommandé par une circulaire du 3 janvier 1838. Mais son existence n'avait pas été rendue obligatoire. Deux questions sont résolues à ce sujet par M. Ducrocq.

Il décide d'abord que l'inscription ordonnée par l'art. 96 § 4 n'a de l'inscription que le nom. Elle doit consister dans une transcription intégrale, et cela soit qu'il s'agisse d'arrêtés, soit qu'il s'agisse de certificats de publication ou de notification. Nous nous rallions pleinement à cette manière de voir. La transcription, d'une part, permet la conservation des documents relatifs à l'administration municipale, et, d'autre part, elle assure et facilite le droit reconnu aux habitants et contribuables d'en prendre copie totale ou partielle (art. 58). Ce premier point résolu (et nous croyons que la solution n'était aucunement douteuse), il y a lieu de se demander quelle est la sanction de la nouvelle règle. La force exécutoire devrait-elle être refusée aux arrêtés non transcrits? M. Ducrocq estime que le défaut de transcription ne fait pas obstacle à la régularité de l'arrêté? Il suffit qu'il ait été publié ou notifié, suivant sa nature, et que le fait de la publication ou notification soit constant. L'argument de l'auteur est fort simple : la transcription n'est pas exigée, en vue de la publicité des arrêtés. Elle a seulement pour but leur conservation. Les habitants ne sauraient donc exciper du défaut de transcription. Qu'il nous soit permis d'émettre un doute au sujet de cette décision. Il y a dans l'exigence de la transcription une part faite à la nécessité de la publicité et l'art. 58 en est la preuve, puisque c'est grâce au registre que les habitants et contribuables pourront prendre copie totale ou partielle des arrêtés qui les intéresseront. Il se peut que l'arrêté soit ancien, que le souvenir de sa publication se soit perdu. La transcription est alors, à défaut de publication nouvelle, la seule publicité. N'y a-t-il pas là un point de vue qui mériterait d'être examiné?

Nous signalerons encore deux points intéressants, dans cette dissertation sur les arrêtés municipaux.

Digitized by Google

L'auteur établit, avec une netteté parfaite, la distinction pratique des arrêtés portant règlement temporaire et des arrêtés portant règlement permanent. Les règlements temporaires sont écrits, en vue de circonstances transitoires dont la cessation entraînera virtuellement l'abrogation de l'arrêté. Tels sont notamtamment les arrêtés concernant la taxe du pain (Cass. 21 et 29 novembre 1867). Pour cette classe d'arrêtés, la force obligatoire commence dès la publication et la remise du récépissé constatant l'envoi de l'arrêté au sous-préfet. Les règlements permanents, au contraire, sont tantôt immédiatement exécutoires, en vertu d'autorisation préfectorale, tantôt exécutoires seulement après un délai d'un mois, à compter de la date du récépissé. M. Ducrocq fait ressortir l'importance de la disposition finale de l'art. 95, permettant l'exécution immédiate, en cas d'urgence. Ainsi se trouve renversée la jurisprudence inexplicable de la Cour de cassation qui tenait le délai d'un mois pour établi dans l'intérêt des tiers et n'admettait pas qu'il pût être abrégé par l'approbation du préfet, même en cas d'urgence (Cass., 21 janvier 1884). Il nous est impossible de comprendre comment la Cour suprême avait pu donner une portée semblable à un délai qui n'avait qu'un but : donner au préfet le loisir d'étudier l'arrêté. C'était déjà dans ce sens que s'était prononcée la circulaire du 1er juillet 1840, et il est à peine besoin de rééditer les considérations d'intérêt général qui justifient l'approbation et l'exécution immédiates d'un arrêté.

Notons enfin les observations doctrinales sur le caractère des règlements et de ce qu'on est convenu d'appeler, à tort, selon M. Ducrocq, le pouvoir réglementaire du chef de l'État, du préfet et du maire. Les règlements constituent dans leur ensemble une législation secondaire. M. Ducrocq rappelle à ce sujet un passage du discours préliminaire du Code civil. « L'office de la loi, dit Portalis, est de fixer par de grandes vues les maximes générales du droit, d'établir des principes féconds en conséquences. » Aussi, ajoute notre auteur, lorsque la loi a prononcé, il appartient au pouvoir exécutif et à l'autorité administrative, aux divers degrés de la hierarchie, d'assurer l'exécution de la loi, par des prescriptions de détail, appropriées aux circons-

Digitized by Google

tances de temps et de lieu, dans chacune des trois unités administratives de la France.

Sans vouloir le moins du monde critiquer l'expression de législation secondaire, nous lui préférerions l'expression de législation subordonnée. C'est celle qu'emploie M. Dicey, dans ses leçons sur la constitution anglaise (page 49), et elle nous semble plus conforme à la nature des règlements fort bien définie du reste par M. Ducrocq. Ne nous dit-il pas : « Le règlement participe à la subordination de l'exécutif au législatif, en ce sens qu'il ne doit tendre qu'à procurer l'exécution de la loi. Là est la raison d'être et en même temps la limite de son action. Il faut que les prescriptions des actes réglementaires empruntent une base aux prescriptions du législateur... » Si, donc, les règlements forment un droit particulier, ce droit est essentiellement subordonné. Il n'a pas l'indépendance dans le choix des principes. Il ne l'a pas non plus pour les déductions et les applications.

Telle est la première étude contenue dans ce volume. Peut-être pourrait-on lui reprocher un léger abus des comparaisons dans les rapprochements établis entre les diverses espèces d'arrêtés, ou entre la loi et les règlements. Il y a des énumérations de ressemblances et de différences que quelques lecteurs trouveront peut-être fastidieuses. Pour nous, nous ne saurions oublier qu'il s'agit ici d'un travail d'enseignement et que, dans l'enseignement, les comparaisons sont indispensables pour faire comprendre à l'auditeur d'un cours la nature réelle des institutions.

La 2me dissertation se présente sous le titre : Des actes des maires accomplis par les préfets, aux lieu et place des maires. La loi du 5 avril 1884 a, en somme, fortifié l'autorité préfectorale, en précisant les cas dans lesquels elle peut se substituer à l'autorité municipale. On peut même dire que ces cas ont été augmentés et élargis.

Cette partie de la loi, qui ne comprend pas moins de six articles, les uns de droit nouveau, les autres conformes à la tradition de 1837, éveille dans l'esprit une pensée dont on a peine à se défendre. La loi de 1884 a une réputation générale de libéralisme. Ce n'est certes pas une loi d'autonomie communale. Mais

Digitized by Google

c'est, sans aucun doute, une loi qui augmente notablement l'indépendance de la commune. Comment se fait-il que cette même loi autorise si largement la substitution du préfet au maire, pour les actes que celui-ci refuse ou néglige d'accomplir lui-même? On en peut donner deux raisons qui l'une et l'autre sont indiquées par notre auteur. On peut dire d'abord que le législateur a tenu compte du caractère électif du maire. Les communes paient ainsi la rançon de la liberté qu'elles ont conquise. Au XVIIe siècle, l'édit du 17 août 1692 avait permis aux villes de racheter à prix d'argent le droit d'élire leurs maires. Au XIXe siècle le droit d'élection du maire est concédé gratuitement : mais, en échange, l'intervention du préfet peut devenir plus active et plus fréquente [1]. Pour nous, cette première raison est peu sérieuse. Il en est une plus scientifique et qui rend parfaitement compte des hypothèses dans lesquelles le préfet peut agir à la place du maire. Certaines fonctions municipales, notamment les fonctions de police sont mixtes, et le maire les exerce à un double titre, comme chef de l'association communale d'une part, et d'autre part comme représentant de l'Etat dans la commune. Il est juste que le maire s'abstenant de faire l'acte qui intéresse l'État et est prescrit par la loi, le préfet puisse agir à sa place, pour que la loi soit observée et que les intérêts généraux ne souffrent aucun dommage.

M. Ducrocq a suivi dans cette étude le même plan que dans la précédente. Il prévoit successivement la substitution du préfet au maire, pour les actes de gestion, pour les arrêtés individuels et pour les règlements. Nous serons brefs, en ce qui touche les actes de gestion. Le point mis en lumière est celui-ci : pour qu'un acte de gestion puisse être accompli par le préfet à la place du maire, il faut que cet acte soit formellement prescrit

[1] Nous ne pouvons résister au désir de citer la sévère appéciation de cet édit par M. de Tocqueville. Ce qui est bien digne du mépris de l'histoire, dit-il, c'est que cette grande révolution fût accomplie sans aucune vue politique. Louis XIV détruisit les libertés municipales sans les craindre et ce qui le prouve, c'est qu'il les rendit à toutes les villes qui purent les racheter. En réalité, il voulait moins les abolir qu'en trafiquer et, s'il les abolit en effet, ce fut pour ainsi dire sans y penser et par pur expédient de finances.

Digitized by Google

par la loi. S'il était facultatif, l'immixtion du préfet serait illégale. Depuis la loi nouvelle, il n'est plus douteux qu'un acte de gestion, même purement communal, s'il est prescrit par la loi, ne puisse émaner du préfet, en cas de refus ou de négligence du maire. M. Ducrocq fait l'application immédiate des principes nouveaux en matière d'action judiciaire. Il montre la consécration, dans la loi, de la jurisprudence de l'arrêt des chambres réunies de la Cour de cassation du 3 avril 1867. Le préfet peut plaider à la place du maire, quand celui-ci s'y refuse malgré le vote du conseil municipal et l'arrêté du conseil de préfecture. Il est, au contraire, désarmé et impuissant, quand le conseil municipal et le maire d'accord se refusent à résister à une demande. La discussion de l'art. 125 en 1884 ne laisse plus subsister aucun doute à cet égard. La controverse ancienne est par conséquent éteinte.

Aux actes de gestion proprement dits, il nous semble que l'auteur aurait pu joindre les ordonnancements de dépenses communales régulièrement autorisées et liquidées que le préfet peut faire par arrêtés pris en conseil de préfecture (152, Loi de 1884). Ces ordonnancements sont en effet de véritables actes de gestion, commandés par la loi et ils avaient leur place naturelle dans le premier paragraphe.

Après les actes de gestion, viennent les arrêtés individuels, au sujet desquels la loi municipale a admis deux innovations. C'est ainsi que l'art. 93 autorise le sous-préfet, et à plus forte raison le préfet, à pourvoir d'urgence à défaut du maire à l'inhumation de toute personne décédée, sans distinction de culte ni de croyance. La disposition légale est conçue en termes un peu vagues et nous aurions aimé que l'auteur nous donnât quelques exemples des mesures que l'autorité préfectorale est ainsi autorisée à prendre. Pour notre part, nous en apercevons surtout deux : d'abord, le permis d'inhumer, qui peut désormais émaner non seulement de l'officier de l'état civil, mais aussi du préfet et du sous-préfet, ensuite, l'indication et la concession d'un emplacement pour la sépulture dans le cimetière communal. Du reste, M. Ducrocq insiste avec raison, dans les pages consacrées à l'art. 93, sur les dérogations qui en résultent soit à l'art. 358, C. pénal, soit à l'art. 77, C. civ.

Digitized by Google

En matière de voirie municipale, l'art. 98, § 4, permet une intervention encore plus remarquable du préfet dans l'administration communale. Le préfet peut donner des permissions de voirie à titre précaire, notamment pour les canalisations d'eau et de gaz, quand le refus du maire ne paraît pas justifié par l'intérêt général. A coup sûr, le législateur s'est ici inspiré d'un sentiment de défiance à l'égard des maires élus. Il a craint des abus, des illégalités, des faveurs pour les amis politiques, des vexations pour les ennemis. Notons, en passant, la solution donnée par M. Ducrocq à une questinn qui ne peut manquer de se présenter. Il admet que le maire puisse, en raison de leur précarité, révoquer les permissions de voirie données par la préfecture. Le préfet est suffisamment armé contre les révocations systématiques, par le droit de suspension et d'annulation des arrêtés municipaux.

L'art. 99 de la loi du 5 avril 1884 occupe la plus grande place dans cette deuxième dissertation. D'après ce texte, le préfet peut, non seulement prendre des arrêtés de police générale, comme représentant de l'État, mais aussi des arrêtés de police municipale concernant la sûreté et la salubrité publiques. Ces arrêtés peuvent intéresser soit toutes les communes du département, soit seulement quelques communes, soit enfin une seule commune. Dans ce dernier cas, le préfet ne peut édicter de règlement temporaire ou permanent, qu'après une mise en demeure adressée à l'autorité municipale. On remarquera dans le commentaire de l'art. 39 l'indication fort intéressante des précédents historiques de cette disposition, précédents que les rédacteurs de la loi ont paru ignorer et qui avaient jusqu'ici été passés sous silence par les commentateurs. Le Conseil d'État, en 1840, avait déjà admis, au sujet de la loi de 1837, la thèse de l'art. 99 et la circulaire de M. de Rémusat l'avait consacrée. En 1851, M. de Vatimesnil la formulait dans un projet de loi municipale. L'art. 99 est ainsi le terme d'une évolution législative de près d'un demi-siècle. Il semble, du reste, que le ministère de l'intérieur ne se soit pas encore rendu parfaitement compte de l'arme nouvelle que la loi a mise aux mains des préfets. La circulaire relative à l'application de la loi de 1884 paraît supposer que le préfet ne peut agir que

Digitized by Google

pour un objet intéressant plusieurs communes, mais le texte est plus large que la circulaire et nous pouvons dire, avec l'auteur, que désormais les règlements de police municipale ont le sort de des arrêtés individuels et des actes de gestion. Tous peuvent émaner des préfets.

La dernière étude de M. Ducrocq est plutôt une étude de législation qu'une dissertation juridique. Elle peut se résumer en deux propositions : l'auteur est partisan de la fusion des petites communes en communes importantes. Il combat d'une part l'idée des unions de communes et d'autre part le projet de création d'une personne morale nouvelle qui serait le canton. On ne peut du reste qu'approuver la doctrine de M. Ducrocq. Le besoin d'une nouvelle personne administrative ne se fait aucunement sentir. Ce serait une complication de plus, sans avantages marqués. Quant aux petites communes, leur suppression constituerait une simplification évidente, en même temps qu'elle réaliserait dans beaucoup de cas une économie et permettrait de meilleurs choix pour les corps municipaux.

Le lecteur peut maintenant se rendre compte de l'importance des problèmes agités dans le livre de M. Ducrocq. Toute la loi municipale n'y est pas commentée ; mais elle y est approfondie dans ses éléments les plus essentiels. Les praticiens, pour lesquels cependant ces études n'ont pas été écrites, trouveront à les lire un réel profit. Il leur importe en effet de connaître non seulement les détails d'application pratique de la loi, mais aussi l'esprit général dans lequel elle a été conçue. Ajoutons enfin que l'œuvre de M. Ducrocq est non seulement une œuvre scientifique, mais aussi une œuvre vraiment libérale dans son ensemble. Il s'est inspiré de la pensée qu'exprimait, le 3 avril 1867, devant les chambres réunies, M. Delangle : « Ne donnons pas à croire aux habitants de nos municipalités, dont les libertés et les franchises sont les plus anciennes de toutes dans notre pays, que leurs magistrats sont sans autorité propre, même dans la gestion de leur patrimoine, et que le maire n'est que l'humble instrument de la volonté du préfet. »

CH. TESTOUD.

Digitized by Google

Un concours pour l'agrégation des Facultés de droit, ouvert le 20 septembre dernier, s'est terminé le 15 novembre.

On été admis dans l'ordre suivant :

MM. Ambroise Colin,	docteur de la Faculté de	Paris.
Despiau,	—	Toulouse
Maurice Colin,	—	Paris.
Vincent,	—	Lyon.
Bartin,	—	Paris.
Meynial,	—	Paris.
Didier,	—	Bordeaux.
Gény,	—	Nancy.

L'Editeur-Gérant : F. PICHON.

Digitized by Google

TABLE PAR ORDRE DES MATIÈRES

DROIT CIVIL. Pages.

Le cautionnement solidaire (suite et fin), par *M. Marcel Fournier*. 40

Quelques mots sur le fondement de l'exception de garantie, *par M. Félix Moreau*..... 107

Responsabilité des co-locataires, par *M. E. Dramard*..... 240

De la capacité de s'obliger dans les quasi-contrats, par *M. Louis Guénée*..... 326

Examen doctrinal, Jurisprudence civile, par *M. Massigli*..... 353

Examen d'une interprétation de l'art. 900 du Code civil, par *M. Ch. Chobert*..... 392

Effets de la séparation de biens judiciaire, sous les divers régimes matrimoniaux, par *M. Louis Stouff*..... 412

Examen doctrinal, Jurisprudence civile, par *M. J E. Labbé*..... 433

De la publicité en matière d'état et d'incapacité des personnes, par *M. Raynald Petiet*..... 582

Examen doctrinal, Jurisprudence civile, par *M. Marcel Planiol*.. 689

Des droits du bailleur agissant en vertu de son privilège et du tiers-acquéreur de bonne foi sur les meubles garnissant la ferme ou la maison, par *M. H. Pascaud*..... 720

De l'influence de l'action paulienne à l'égard des donations faites par contrat de mariage, par *M. Eugène Godefroy*..... 731

PROCÉDURE CIVILE.

De la cherté des frais de justice, par *M. Lespinasse*..... 85, 234

DROIT COMMERCIAL, MARITIME ET INDUSTRIEL.

Examen doctrinal, Jurisprudence commerciale, par *M. E. Thaller*. 209

Quelques réflexions à propos du projet de loi relatif aux Cours d'appel commerciales, par *M. Francis Cambuzat*..... 267

L'assureur est-il une caution ? Les art. 435 et 436 du Code de commerce, par *M. Alfred de Courcy*..... 315

Droits conférés à l'ouvrier par l'assurance collective, par *M. H. Auzière*..... 459

Examen doctrinal, Jurisprudence en matière de droit maritime et de droit industriel, par *M. Ch. Lyon-Caen*..... 625

DROIT CRIMINEL.

Examen doctrinal, Jurisprudence criminelle, par *M. Albert Desjardins*..... 1

De la libre défense des accusés, par *M. H. Lespinasse*..... 651

Les crimes rares, par M. *Jean Alesson*..... 663

DROIT PUBLIC ET ADMINISTRATIF.

Examen doctrinal, Jurisprudence administrative, par *M. E. Wallon*..... 145, 545

DROIT INTERNATIONAL ET LÉGISLATION COMPARÉE.

La guerre moderne et son influence probable sur quelques principes du droit des gens, par *M. Jules Cabouat*..... 172, 291

Examen doctrinal, Droit international, par *M. Chausse*..... 273

La proposition de loi sur la nationalité au Sénat, par *M. André Weiss*..... 493, 572

HISTOIRE DU DROIT.

Quelques observations sur la nature du droit de propriété à l'époque franque, par *M. E. Glasson*..... 18

Digitized by Google

Pages.

Note sur l'influence exercée par les Institutes en matière de classification du droit, par *M. Hauriou*..... 373

ENREGISTREMENT.

Examen doctrinal, Jurisprudence en matière d'enregistrement, par *M. Ch. Testoud*..... 65

BIBLIOGRAPHIE.

Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, par *M. E. Laferrière*; compte-rendu par *M. Léon Aucoc*... 57

Précis de Droit romain, par *M. Accarias*; compte-rendu par *M. Henry Monnier*..... 120

Le suicide dans l'antiquité et dans les temps modernes par *M. Gaston Garrisson*; compte-rendu par *M. P. Louis-Lucas*. 138

Traité élémentaire d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure en matière civile et commerciale, par *M. Henry Bonfils*; compte-rendu par *M. A. Mérignhac*..... 142

Précis de droit commercial, par *MM Ch. Lyon-Caen et L. Renault*; compte-rendu par *M. Ch. Testoud*..... 197

Histoire de l'administration provinciale, départementale et communale en France. par *M. Emile Monnet*; compte-rendu par *M. P. Louis-Lucas*..... 206

De la destination du père de famille par *M. Jacques Latreille*; compte-rendu par *M. P. Louis-Lucas*..... 344

Traité de médecine légale, de jurisprudence médicale et de toxicologie, par *MM. Legrand du Saule, Georges Berryer et Gabriel Pouchet;* compte-rendu par *M. Antoine Faure*..... 349

De la délimitation des rivages de la mer et de l'embouchure des fleuves et rivières, par *M. Léon Aucoc*; compte-rendu par *M. Ch. Lyon-Caen*..... 419

Etudes sur les personnes morales dans le droit romain et dans le droit français, par *M. Maurice Vauthier*; compte-rendu par *M. Brémond*..... 423

Traité des pensions civiles et militaires, par *Adrien Bavelier*; compte-rendu par *M. P. Louis-Lucas*..... 428

Traité du contrat de mariage, par *M. Guillouard*; compte-rendu par *M. P. Louis-Lucas*..... 540

Mélanges d'histoire du droit et de critique. Droit Romain, par *M. A. Esmein*; compte-rendu par *M. P. Louis-Lucas*..... 611

Code expliqué de la presse : traité général de la police de la presse et du délit de publication, par *M. G. Barbier*; compte-rendu par *M. Gabriel Debacq*..... 619

Précis de l'assurance sur la vie, par *M. Alfred de Courcy*; compte-rendu par *M. Ch. Testoud*..... 670

Histoire du droit et des Institutions de la France, par *M. E. Glasson*; compte-rendu par *M. F. Larnaude*..... 675

Essai comparé sur les institutions, les lois et les mœurs de la Roumanie, depuis les temps les plus reculés jusqu'à nos jours, par *M. Nicolas Blaramberger*; compte-rendu par *M. Mérignhac*..... 682

Œuvres de M. Ernest Pinard, par *M. Ch. Boullay*; compte-rendu par *M. G. Debacq*..... 684

Étude sur la loi municipale du 5 avril 1884, par *M. Th. Ducrocq;* compte-rendu par *M. Ch. Testoud*..... 743

Digitized by Google

TABLE PAR NOMS D'AUTEURS

MM. Pages.

ALESSON..... Les crimes rares..... 663

AUCOC..... Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, par *M. E. Laferrière*.... 57

AUZIÈRE..... Droit conférés à l'ouvrier par l'assurance collective..... 459

BRÉMOND..... Etudes sur les personnes morales dans le droit romain et le droit français, par *M. Maurice Vauthier*..... 423

CABOUAT..... La guerre moderne et son influence probable sur quelques principes du droit des gens.... 172, 291

CAMBUZAT..... Quelques réflexions à propos du projet de loi relatif aux Cours d'appel commerciales..... 267

CHAUSSE..... Examen doctrinal, Droit international..... 273

CHOBERT..... Examen d'une interprétation de l'art. 900 du Code civil..... 392

COURCY (de)..... L'assureur est-il une caution ? Les art. 435 et 436 du Code de commerce..... 315

DEBACQ..... Code expliqué de la presse. Traité général de la police de la presse et du délit de publication, par *M. G. Barbier*..... 619

— Œuvres judiciaires de M. Ernest Pinard, par *M. Ch. Boullay*..... 684

DESJARDINS..... Examen doctrinal, jurisprudence criminelle..... 1

DRAMARD..... Responsabilité des co-locataires..... 240

FAURE..... Traité de médecine légale, de jurisprudence médicale et de toxicologie, par *MM. Legrand du Saule, Georges Berryer et Gabriel Ponchet*.... 349

FOURNIER..... Le cautionnement solidaire (suite et fin)..... 40

GLASSON..... Quelques observations sur la nature du droit de propriété à l'époque franque..... 18

GODEFROY..... De l'influence de l'action paulienne à l'égard des donations faites par le contrat de mariage... 731

GUÉNÉE..... De la capacité de s'obliger dans les quasi-contrats..... 326

HAURIOU..... Note sur l'influence exercée par les Institutes en matière de classification du droit..... 373

LABBÉ..... Examen doctrinal, jurisprudence civile..... 433

LARNAUDE..... Histoire du droit et des institutions de la France, par *M. E. Glasson*..... 675

LESPINASSE..... De la cherté des frais de justice..... 86, 234

— De la libre défense des accusés..... 651

LOUIS-LUCAS..... Le suicide dans l'antiquité et dans les temps modernes, par *M. G. Garrisson*..... 138

— Histoire de l'administration provinciale, départementale et communale en France, par *M. E. Monnet*..... 206

— De la destination du père de famille, par *M. Jacques Latreille*..... 344

— Traité des pension civiles et militaires, par *M. Bavelier*..... 428

Digitized by Google

MM. Pages.

LOUIS-LUCAS..... Traité du contrat de mariage, par *M. Guillouard*..... 540

— Mélanges d'histoire du droit et de critique. Droit romain, par *M. Esmein*..... 611

LYON-CAEN..... De la délimitation des rivages de la mer et de l'embouchure des fleuves et rivières, par *M. Léon Aucoc*..... 419

— Examen doctrinal, jurisprudence en matière de droit maritime et de droit industriel..... 625

MASSIGLI..... Examen doctrinal, jurisprudence civile..... 353

MÉRIGNHAC..... Traité élémentaire d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure en matière civile, *M. H. Bonfils*..... 142

— Essai comparé sur les institutions, les lois et les mœurs de la Roumanie, depuis les temps les plus reculés jusqu'à nos jours, par *M. Nicolas Blaramberger*..... 682

MONNIER..... Précis de droit romain, par *M. C. Accarias*.... 120

MOREAU..... Quelques mots sur le fondement de l'exception de garantie..... 107

PASCAUD..... Des droits du bailleur agissant en vertu de son privilège et du tiers-acquéreur de bonne sur les meubles garnissant la ferme ou la maison. 720

PETIET..... De la publicité en matière d'état et d'incapacité des personnes..... 582

PLANIOL..... Examen doctrinal, jurisprudence civile..... 689

STOUFF..... Effets de la séparation de biens judiciaire, sous les divers régimes matrimoniaux..... 412

TESTOUD..... Examen doctrinal, jurisprudence en matière d'enregistrement..... 65

— Précis de droit commercial, par *MM. Ch. Lyon-Caen et L. Renault*..... 197

— Précis de l'assurance sur la vie, par *M. A. de Courcy*..... 670

— Étude sur la loi municipale du 5 avril 1884, par *M. Th. Ducrocq*..... 743

THALLER..... Examen doctrinal, jurisprudence commerciale.. 209

WALLON..... Examen doctrinal, jurisprudence administrative..... 145, 545

WEISS..... La proposition de loi sur la nationalité au Sénat..... 493, 572

Paris. — Imp. F. PICHON, 282, rue Saint-Jacques, et 24, rue Soufflot.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

LAW LIBRARY
University of Michigan
3 5112 102 979 988

Digitized by Google